

ANNEXE A

**RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES PREMIÈRES COMMUNICATIONS
ÉCRITES DES PARTIES**

Table des matières		Page
Annexe A-1	Résumé analytique de la première communication écrite de l'Indonésie	A-2
Annexe A-2	Résumé analytique de la première communication écrite des États-Unis	A-12

ANNEXE A-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DE L'INDONÉSIE

I. INTRODUCTION

1. La République d'Indonésie ("Indonésie") conteste l'article 101 de la Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "Loi"). En particulier, l'Indonésie conteste la "Règle spéciale pour les cigarettes" figurant à l'article 101 b), qui interdit la production ou la vente de certaines cigarettes qualifiées d'"aromatisées" (dénommée ci-après la "Règle spéciale").

2. Conformément à l'historique de l'élaboration de la Loi, la Règle spéciale visait à empêcher les cigaretteurs de cibler les fumeurs n'ayant pas l'âge légal avec des arômes destinés à accroître l'attrait de la consommation de tabac. Un type de cigarettes aromatisées a échappé à l'interdiction – les cigarettes mentholées.

3. Les cigarettes peuvent contenir toute une série d'ingrédients et d'arômes qui sont incorporés au tabac ou au filtre. En bref, selon M. Michael Siegel de l'Université de Boston, il n'y a "aucune différence logique" "entre le menthol et les centaines d'autres additifs aromatisants incorporés aux cigarettes", dont le clou de girofle.

4. Les cigarettes aux clous de girofle sont produites en Indonésie depuis plus d'un siècle. On estime qu'il n'y a pas moins de 6 millions d'Indonésiens qui sont employés directement ou indirectement pour la fabrication des cigarettes et la culture du tabac. L'industrie de la cigarette, y compris des cigarettes aux clous de girofle, représente environ 1,66 pour cent du produit intérieur brut ("PIB") total de l'Indonésie. L'Indonésie exporte des cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis depuis bien plus de 40 ans.

5. Nonobstant l'importance des cigarettes aux clous de girofle pour son économie et sa population, l'Indonésie ne s'oppose pas à ce que les États-Unis réglementent la production ou la vente de cigarettes à l'intérieur de leurs frontières. Elle ne s'oppose pas non plus à l'adoption de mesures raisonnables visant à mettre les cigarettes, y compris les cigarettes aux clous de girofle, hors de portée des mineurs. Ce à quoi l'Indonésie s'oppose, c'est à une mesure, en l'espèce la Règle spéciale, qui impose une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle en provenance de son territoire, alors que presque aucune, voire aucune, restriction ne frappe les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées.

6. En somme, la mesure contestée est discriminatoire et constitue une violation de l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"), qui figure à l'Annexe 1A de l'Accord de Marrakech instituant l'Organisation mondiale du commerce ("OMC"). Pour les mêmes raisons essentiellement, la mesure contestée constitue également une violation de l'article III:4 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 ("GATT de 1994"). De plus, la mesure contestée est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif déclaré de réduction du tabagisme chez les jeunes et elle viole donc l'article 2.2 de l'Accord OTC.

7. Enfin, lors de l'adoption de la Règle spéciale, les États-Unis n'ont pas satisfait à un certain nombre de prescriptions additionnelles de l'Accord OTC. La Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.8 de l'Accord OTC parce qu'elle interdit les cigarettes sur la base uniquement de leurs caractéristiques descriptives. Les États-Unis ne se sont pas non plus conformés à un certain nombre d'obligations de procédure leur incombant au titre de l'article 2 de l'Accord OTC. En conséquence, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.5, 2.9, 2.10 et 2.12 de l'Accord OTC.

8. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par la Règle spéciale a créé un obstacle non nécessaire aux exportations de l'Indonésie, qui est un pays en développement Membre. Les États-Unis avaient l'obligation de tenir compte des besoins spéciaux du développement et du commerce de l'Indonésie, pays en développement Membre de l'OMC, lors de l'élaboration et de la mise en œuvre de la Règle spéciale. Ils ne l'ont pas fait. Par conséquent, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC.

9. Comme les États-Unis ont agi en violation du GATT et de l'Accord OTC, leurs actions sont présumées annuler ou compromettre des droits résultant pour l'Indonésie de ces accords. Par conséquent, il y a présomption que les actions des États-Unis s'agissant de l'adoption et de l'application de la Règle spéciale ont eu une incidence défavorable sur l'Indonésie. La charge de la preuve est donc déplacée vers sur les États-Unis qui doivent apporter la preuve du contraire.

II. CONTEXTE FACTUEL

10. En 2007, l'ensemble du marché des cigarettes aux États-Unis représentait quelque 360 milliards de cigarettes. Les importations de cigarettes aux clous de girofle s'élevaient à 398,8 millions de cigarettes, soit environ un dixième de 1 pour cent du marché total des États-Unis. Selon la Tobacco Merchants Association, toutes les cigarettes naturelles aux clous de girofle ou "kreteks" vendues aux États-Unis sont importées, en grande majorité d'Indonésie.

11. La Loi a accordé à l'Office de contrôle des médicaments et des produits alimentaires ("FDA") un large pouvoir de réglementation des produits du tabac. Entre autres choses, elle a accordé à la FDA le pouvoir de réglementer la commercialisation et la promotion des produits du tabac et d'établir des normes pour les propriétés d'emploi des produits du tabac afin de protéger la santé publique.

12. L'article 101 b) de la Loi, qui contient une "Règle spéciale pour les cigarettes", est source de préoccupations dans la présente affaire. La Règle spéciale dispose qu'à compter de trois mois après la date de sa promulgation:

aucune cigarette ni aucun des composants d'une cigarette (y compris le tabac, le filtre ou le papier) ne contiendra, en tant que constituant (y compris en tant que constituant de la fumée) ou additif, un arôme artificiel ou naturel (autre que le tabac ou le menthol) ou un extrait végétal ou une épice, y compris la fraise, le raisin, l'orange, le clou de girofle, la cannelle, l'ananas, la vanille, la noix de coco, la réglisse, le cacao, le chocolat, la cerise ou le café, qui soit un arôme caractérisant du produit du tabac ou de la fumée de tabac.

13. L'interdiction des arômes caractérisants autres que le menthol ou le tabac instituée par la Règle spéciale est entrée en vigueur le 22 septembre 2009. Depuis cette date, les cigarettes aux clous de girofle sont interdites aux États-Unis, ce qui a fait chuter les exportations annuelles de cigarettes aux clous de girofle de l'Indonésie vers les États-Unis à zéro alors qu'elles s'élevaient à quelque 15 millions de dollars avant l'interdiction, tandis que les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées au tabac ("ordinaires") continuent d'être fabriquées et vendues aux États-Unis. Malgré les demandes répétées que leur a adressées l'Indonésie, les États-Unis n'ont pas mentionné de preuves scientifiques, éprouvées ou autres, qui auraient existé le 22 juin 2009 ou avant, et qui auraient pu justifier le traitement inégal des cigarettes aux clous de girofle et de toutes les autres cigarettes, en particulier des cigarettes mentholées.

III. ARGUMENTATION JURIDIQUE

A. LA REGLE SPECIALE ACCORDE A CERTAINES CIGARETTES NATIONALES UN TRAITEMENT PLUS FAVORABLE QUE CELUI QU'ELLE ACCORDE AUX CIGARETTES IMPORTEES D'INDONESIE

14. L'article 2.1 de l'Accord OTC exige des Membres de l'OMC qu'ils "[fassent] en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays".

15. Telle qu'elle est libellée et telle qu'elle est appliquée, la Règle spéciale viole l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'il s'agit d'un règlement technique qui accorde aux importations de cigarettes aux clous de girofle un traitement "moins favorable" que celui qu'il accorde aux produits nationaux similaires – les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées.

16. La Règle spéciale constitue un "règlement technique" qui est visé par l'Accord OTC. L'Organe d'appel a interprété un "règlement technique" comme étant un document qui "réglemente[] les "caractéristiques" des produits d'une manière contraignante ou obligatoire", et a pour effet de "prescrire ou d'imposer une ou plusieurs "caractéristiques" ..." Les caractéristiques des produits sont pour leur part définies comme "les "particularités", "qualités", "attributs", ou autre "marque distinctive" objectivement définissables d'un produit". Elles peuvent être prescrites ou imposées sous une forme soit positive, soit négative [-a]utrement dit, le document peut prévoir, d'une manière positive, que les produits doivent posséder certaines "caractéristiques", ou bien, d'une manière négative, que les produits ne doivent pas posséder certaines "caractéristiques". En somme, un règlement technique doit: 1) énoncer les "caractéristiques d'un produit"; 2) rendre le respect de ces caractéristiques obligatoire; et 3) être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable.

17. La Règle spéciale satisfait à tous ces critères puisque 1) elle interdit l'ajout d'arômes caractérisants – à l'exception du menthol; 2) le respect de l'interdiction est obligatoire; et 3) la règle s'applique à un groupe de produits identifiable – certaines cigarettes aromatisées, en particulier les cigarettes aux clous de girofle. La Règle spéciale constitue donc un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC.

18. Les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes ordinaires et aux cigarettes mentholées qui sont produites dans le pays. L'approche générale utilisée pour déterminer la "similarité" consiste en une analyse qui porte essentiellement sur quatre facteurs fondamentaux: 1) les caractéristiques physiques des produits; 2) les utilisations finales; 3) les perceptions et le comportement des consommateurs; et 4) le classement tarifaire.

19. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays, y compris les cigarettes mentholées, présentent les mêmes caractéristiques physiques. Les deux types de cigarettes contiennent du tabac traité et mélangé enroulé dans du papier et muni d'un filtre. Ils contiennent tous deux d'autres ingrédients et aromatisants qui créent l'arôme propre à chaque marque. Des aromatisants tels que le sucre brun ou la vanille ne sont pas dangereux et sont ajoutés à presque toutes les cigarettes, même celles dont on considérerait qu'elles ont un arôme de tabac "ordinaire". Les sociétés productrices de tabac utilisent littéralement des centaines d'ingrédients pour accroître l'attrait des cigarettes et créer l'arôme propre à chaque marque. À cet égard, les cigarettes ne diffèrent pas de nombreux autres produits de consommation, comme la pâte dentifrice à la menthe, qui utilisent des aromatisants pour attirer les consommateurs. Comme toutes les cigarettes, les cigarettes aux clous de girofle contiennent un mélange de tabac et d'autres ingrédients (en l'occurrence, des clous de girofle moulus) qui leur confèrent leur arôme unique. Les cigarettes aux clous de girofle ne diffèrent pas des cigarettes qui contiennent un mélange de tabac, de sucre et de vanille, ou de tabac et de menthol.

20. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays sont les unes et les autres des cigarettes de "catégorie A" à des fins fiscales aux États-Unis, dont le poids est inférieur à trois livres par millier de cigarettes. Par ailleurs, les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays satisfont à la définition d'une "cigarette" établie par le gouvernement des États-Unis: "1) tout rouleau de tabac enveloppé dans du papier ou dans toute substance ne contenant pas de tabac, et 2) tout rouleau de tabac enveloppé dans toute substance contenant du tabac qui, du fait de son apparence, du type de tabac utilisé dans le scaferlati, ou de son emballage et de son étiquetage, est susceptible d'être proposé aux consommateurs, ou acheté par ceux-ci, en tant que cigarette décrite au paragraphe 1)". Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées ont encore plus de propriétés spécifiques en commun du fait qu'elles contiennent les unes et les autres du tabac et un ingrédient ajouté (à savoir un extrait végétal ou une épice) possédant des propriétés apaisantes. L'essence de girofle (connue en chimie sous le nom d'"eugénol") et le menthol sont couramment utilisés dans des produits de consommation et il est reconnu qu'ils ont un effet anesthésiant.

21. Dans le différend *CE – Amiante*, le Groupe spécial a fait observer que la toxicité était aussi pertinente pour les caractéristiques physiques au moment de déterminer si les produits étaient "similaires". Dans cette affaire, un produit, les fibres d'amiante chrysotile, était connu pour être cancérigène et le type de cancers concernés présentait un pourcentage de mortalité proche de 100 pour cent. Dans la présente affaire, il n'y a aucun élément de preuve indiquant que les cigarettes aux clous de girofle sont plus toxiques ou présentent de plus grands risques pour la santé que les cigarettes dites "ordinaires" ou les cigarettes mentholées produites dans le pays.

22. L'utilisation finale de toutes les cigarettes, y compris les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées, est la même – autrement dit, elles sont utilisées pour fumer du tabac.

23. Les consommateurs perçoivent les cigarettes ordinaires, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle comme étant "d'autres moyens de remplir des fonctions particulières pour satisfaire à un désir ou à une demande spécifique" (c'est-à-dire un autre moyen de fumer). Les données relatives au marché indiquent que 79 pour cent des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle fument en fait le plus souvent des cigarettes "ordinaires" (celles qui ont un arôme caractérisant de tabac) et des cigarettes mentholées, et qu'ils considèrent les cigarettes aux clous de girofle comme des cigarettes "pour les occasions spéciales". En somme, il y a un rapport de concurrence entre toutes les cigarettes pour ce qui est de l'accès aux circuits de distribution, du linéaire et de la part de marché.

24. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes produites dans le pays ont le même classement tarifaire international au niveau des positions à six chiffres, le niveau le plus détaillé utilisé par les Membres de l'OMC.

25. Étant donné que l'interdiction imposée par la Règle spéciale ne s'applique pas aux cigarettes ayant un arôme caractérisant de menthol ou de tabac, et qu'il a été montré que les cigarettes aux clous de girofle étaient "similaires" à ces produits, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais pas des cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac, crée des conditions de concurrence inégales sur le marché des États-Unis et constitue, par conséquent, un traitement "moins favorable".

26. La Règle spéciale est également incompatible avec l'article III:4 du GATT. Contrairement à l'article 2.1 de l'Accord OTC, l'article III:4 ne prescrit pas d'examiner si la Règle spéciale est un "règlement technique". En fait, une mesure examinée au titre de l'article III:4 doit simplement être "[une] loi[], ... [un] règlement[] ou ... [une] prescription[] affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation" d'un produit importé "sur le marché intérieur". La Règle spéciale interdit qu'une cigarette aux États-Unis contienne un arôme caractérisant autre que le menthol ou le tabac, ce qui affecte manifestement la vente, la mise en vente ou l'utilisation des cigarettes aux clous de girofle importées sur le marché intérieur en leur interdisant purement et simplement l'accès au marché des États-Unis.

27. Pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus dans le contexte de l'article 2.1 de l'Accord OTC, la Règle spéciale est incompatible avec l'article III:4 du GATT. Les cigarettes aux clous de girofle sont similaires aux cigarettes produites dans le pays du fait que leurs caractéristiques physiques, leurs utilisations finales, les perceptions des consommateurs à leur égard et leur classement tarifaire sont les mêmes. La Règle spéciale accorde aux cigarettes aux clous de girofle un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes aromatisées au menthol ou au tabac produites dans le pays du fait que les cigarettes aux clous de girofle sont interdites, alors que les cigarettes mentholées et les cigarettes "ordinaires" continuent d'être vendues sur le marché des États-Unis.

B. LA REGLE SPECIALE EST PLUS RESTRICTIVE POUR LE COMMERCE QU'IL N'EST NECESSAIRE POUR ATTEINDRE LE NIVEAU DE PROTECTION RECHERCHE PAR LES ÉTATS-UNIS

28. La Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'elle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour protéger la santé des personnes et constitue donc un obstacle non nécessaire au commerce international.

29. L'Indonésie convient que la protection de la santé des personnes au moyen de la réglementation des produits du tabac est un objectif de santé légitime. Elle convient également que la réduction du tabagisme chez les jeunes est un objectif légitime. Mais une interdiction est la mesure la plus restrictive pour le commerce qui puisse être adoptée et, par conséquent, elle doit faire l'objet du plus haut niveau de justification.

30. Pour déterminer s'il existe une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial doit examiner si l'interdiction de certains arômes, mais pas de tous, qui est prévue dans la Règle spéciale est susceptible d'atteindre le niveau de protection recherché par les États-Unis et si des mesures moins restrictives pour le commerce sont applicables qui pourraient aussi atteindre ce niveau de protection.

31. La Loi elle-même est utile pour comprendre le niveau de protection recherché par les États-Unis. L'un des objectifs déclarés de la Loi est "de continuer à permettre la vente de produits du tabac aux adultes tout en imposant des mesures visant à faire en sorte que ces produits ne soient pas vendus ni accessibles aux acheteurs n'ayant pas l'âge légal". Par ailleurs, les normes énoncées dans la Loi visent à restreindre les pratiques publicitaires et promotionnelles les plus susceptibles d'inciter les jeunes à consommer du tabac, tout en ménageant d'amples possibilités de commercialiser les produits du tabac auprès des adultes.

32. Ce qui est encore plus révélateur, c'est ce que la Loi n'entend pas faire. La Loi et ceux qui l'appuient allèguent qu'une réglementation gouvernementale additionnelle est essentielle pour empêcher les jeunes de se mettre à fumer. Cependant, alors qu'un large pouvoir a été conféré à la FDA en vue de la réglementation du tabac et l'établissement de normes pour les cigarettes, la Loi interdit expressément à la FDA de prendre un certain nombre de mesures qui seraient probablement très efficaces pour réduire le nombre de jeunes qui commencent à fumer et deviennent dépendants. Ainsi, la Loi interdit à la FDA de bannir complètement les cigarettes, de supprimer la nicotine dans les cigarettes, de porter à 19 ans l'âge légal pour fumer, ou d'imposer que les cigarettes ne soient vendues que dans des magasins réservés aux adultes.

33. Comme la Loi prévoit clairement le maintien de la consommation de cigarettes par les adultes, le niveau de protection recherché n'est pas l'élimination de tous les risques associés au tabagisme. Par ailleurs, la grande majorité des cigarettes dont on sait qu'elles sont consommées par les jeunes ne sont absolument pas interdites par la Loi. Au vu des résultats de l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé, étude financée par le gouvernement des États-Unis, les jeunes fumeurs fument majoritairement des cigarettes "ordinaires" ou mentholées, lesquelles ne sont pas interdites par la Loi. Le niveau de protection recherché n'est donc pas l'accès zéro aux cigarettes susceptibles d'être fumées par les jeunes. Puisqu'elle interdit à la FDA de prendre certaines mesures

qui sont les plus susceptibles de réduire le tabagisme et la dépendance chez les jeunes, le niveau de protection que la Loi recherche n'est pas une réduction radicale du nombre de jeunes qui fument. Ce que la Loi définit comme le niveau de protection souhaité est plutôt une réglementation suffisante pour dissuader les adolescents, mais non leur interdire, de faire usage de produits du tabac.

34. Une interdiction est l'instrument réglementaire disponible le plus restrictif pour le commerce et peut, dans certaines circonstances, être la seule option pour atteindre un objectif sanitaire, par exemple lorsque le niveau de protection requis est l'*élimination* du risque. Les États-Unis auraient pu décider que, pour empêcher les gens de fumer, ils entendaient interdire complètement toutes les cigarettes de leur marché. Mais ce n'était pas le niveau de protection que recherchaient les États-Unis. La Règle spéciale n'autorise pas la vente légitime de cigarettes aux clous de girofle aux adultes et exempte de l'interdiction les cigarettes que les jeunes sont les plus susceptibles de fumer. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle dépasse donc largement le niveau de protection recherché.

35. Des groupes spéciaux ont été d'avis que la question de savoir si une mesure était "nécessaire" dépendait de la mesure dans laquelle elle réalisait l'objectif de politique souhaité. Dans l'affaire *États-Unis – Jeux*, l'Organe d'appel a confirmé que pour évaluer la nécessité d'une mesure, il fallait sopeser et mettre en balance de "l'importance relative" des intérêts ou valeurs promus par la mesure contestée, ainsi que d'autres facteurs qui comprendraient généralement "la contribution de la mesure à la réalisation des objectifs qu'elle poursui[va]it [et] l'incidence restrictive de la mesure sur le commerce international".

36. L'article 2.2 de l'Accord OTC indique que la "nécessité" doit être déterminée compte tenu des risques associés à la non-adoption de la mesure contestée. Le Groupe spécial doit donc examiner si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais pas des cigarettes mentholées ou ordinaires, contribue à une réduction du niveau de tabagisme chez les adolescents. Pour rendre cette décision, le Groupe spécial devrait évaluer l'incidence probable de la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Les faits montrent clairement que le fait de ne pas interdire les cigarettes aux clous de girofle ne présenterait pas de risque important pour l'objectif déclaré de la Loi ni pour la santé des adolescents. Une interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'est donc pas nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes.

37. Les éléments de preuve montrent que les jeunes sont, majoritairement, plus susceptibles de fumer des cigarettes qui ne sont pas interdites par la Loi que des cigarettes aux clous de girofle. En fait, quatre-vingt-sept (87) pour cent des fumeurs dans les lycées ne fument que trois marques très commercialisées: "Marlboro", "Camel" et "Newport". Les cigarettes mentholées sont consommées par 62 pour cent des nouveaux fumeurs dans les collèges et par 46 pour cent des nouveaux fumeurs dans les lycées. Comparativement, l'enquête nationale sur la consommation de drogues et la santé a constaté que la consommation des cigarettes aux clous de girofle était minime chez les jeunes. En 2007, seulement 0,1 pour cent des jeunes fumeurs consommaient des cigarettes aux clous de girofle et en 2008, ce pourcentage était tombé à zéro.

38. Une autre organisation, *Monitoring the Future*, a mené des enquêtes annuelles à l'échelle nationale auprès des adolescents dans les écoles des États-Unis au cours des 35 dernières années. Les responsables de l'étude ont conclu que "la consommation de kreteks [cigarettes aux clous de girofle] était une mode passagère qui n'avait tout simplement pas pris auprès de la plupart des jeunes".

39. En fait, il apparaît que les jeunes ne savent absolument pas ce qu'est une kretek. Dans une enquête téléphonique menée entre le 23 et le 26 septembre 2010 par Opinion Research Corporation, 98 pour cent des adolescents interrogés ont dit n'avoir jamais entendu parler des kreteks. Sur les 2 pour cent qui ont affirmé avoir entendu parler des kreteks, 25 pour cent l'ont identifié à tort comme un type de voiture et 24 pour cent croyaient qu'il s'agissait d'une drogue. Pas un seul des adolescents interrogés n'a pu identifier correctement les kreteks comme un type de cigarette.

40. M. Michael Siegel, éminent expert de la lutte contre le tabac, qui travaille maintenant pour l'École de santé publique de l'Université de Boston, a réfuté les allégations de la FDA et d'autres selon lesquelles les cigarettes aromatisées étaient pour les jeunes un produit d'initiation et selon lesquelles une interdiction des cigarettes aromatisées était nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes:

Il est manifestement faux de dire que les cigarettes aromatisées sont un produit d'initiation à la cigarette, qu'elles favorisent notablement la dépendance des jeunes au tabac, que l'industrie du tabac se sert de ces cigarettes aromatisées pour rendre les enfants accro et que l'interdiction des cigarettes à l'arôme de bonbon par la FDA aura une incidence quelconque sur le tabagisme chez les jeunes. (À l'exception du menthol, le seul aromatisant dont se servent effectivement les sociétés productrices de tabac pour rendre les enfants accro, mais qui est exempté de l'interdiction frappant les aromatisants.)

La vérité, c'est que le principal produit d'initiation des jeunes au tabac, c'est les cigarettes non aromatisées (à l'exclusion des cigarettes mentholées). Le retrait par la FDA des cigarettes aromatisées du marché *n'aura pas la moindre incidence sur le tabagisme chez les jeunes*. La seule chose qui aurait eu une incidence c'est le retrait des cigarettes non aromatisées – comme les Camel, les Marlboro et les Newport – que fument plus de 85 pour cent de tous les jeunes fumeurs.

En fait, le seul aromatisant qui était exempté – le menthol – est le **seul et unique** aromatisant qui **est** effectivement utilisé pour rendre les jeunes accro. Il y a littéralement des dizaines de milliers d'enfants qui fument des cigarettes mentholées, mais même avant la législation de la FDA, il n'y en avait pratiquement aucun qui fumait les cigarettes à l'arôme de bonbon qui étaient effectivement visées par la législation.

41. Les éléments de preuve ci-dessus montrent qu'il est peu probable que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais pas des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires ou des autres produits du tabac aromatisés, une incidence quelconque sur le tabagisme chez les jeunes. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle n'est donc pas "nécessaire".

42. Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont systématiquement souscrit au point de vue exprimé dans l'affaire *États-Unis – Article 337 de la Loi douanière* selon lequel "une partie contractante ne peut justifier une mesure incompatible avec une autre disposition de l'Accord général en la déclarant "nécessaire" ... si elle dispose d'une autre mesure dont on pourrait attendre raisonnablement qu'elle l'emploie et qui n'est pas incompatible avec d'autres dispositions de l'Accord général".

43. Si ce n'était l'interdiction générale des arômes instituée par la Règle spéciale, la réglementation aurait pu atteindre le niveau de protection recherché par la Loi. La Loi elle-même contient un certain nombre de nouvelles dispositions applicables aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires qui visent à réduire la capacité des cigarettiers de se livrer à des pratiques qui ciblent et attirent les jeunes. Ces mesures auraient pu aussi s'appliquer aux cigarettes aux clous de girofle:

- interdire toute publicité en plein air pour le tabac à moins de 300 mètres des écoles et aires de jeux;
- interdire tous les parrainages restants de manifestations sportives et de spectacles par des marques de tabac;

- interdire la distribution gratuite de tout article ne contenant pas de tabac à l'achat d'un produit du tabac;
- limiter la publicité présente dans les publications qui ont un important lectorat d'adolescents, ainsi que la publicité faite en plein air et sur les points de vente, à l'exception des locaux réservés aux adultes;
- limiter les distributeurs automatiques et les présentoirs en libre-service aux locaux réservés aux adultes; et
- demander aux détaillants de vérifier l'âge pour tous les produits en vente libre et prévoir au niveau fédéral des mesures d'exécution et des sanctions à l'encontre des détaillants qui vendent à des mineurs.

44. L'accord d'expédient conclu en 2006 entre R. J. Reynolds et les Attorneys General de plusieurs États comprend des mesures qui ne sont pas restrictives pour le commerce et qu'il aurait été possible d'inclure dans la Loi pour réduire l'attrait du tabac chez les jeunes. Ces mesures comprennent l'interdiction d'utiliser des termes ou des images liées aux fruits, bonbons ou boissons alcooliques. Conférer à la FDA le pouvoir d'approuver toutes nouvelles marques et étiquettes et tous nouveaux emballages de produits du tabac donnerait aux responsables de la réglementation la possibilité de faire en sorte que d'éventuels produits indésirables ne soient pas mis sur le marché, tout en permettant aux produits aromatisés, comme les cigarettes aux clous de girofle, de continuer d'être vendus aux adultes.

45. D'autres pays ont adopté des mesures qui ne sont pas restrictives pour le commerce pour remédier au tabagisme chez les jeunes. Par exemple, l'Australie a interdit presque toute la publicité pour le tabac et a interdit aux sociétés productrices de tabac de parrainer des manifestations. Singapour a fortement relevé le montant des amendes infligées à ceux qui fument alors qu'ils n'ont pas l'âge légal de le faire et elle interdit à certains détaillants de vendre des produits du tabac afin qu'ils soient moins accessibles aux jeunes.

46. L'interdiction représente un obstacle insurmontable au commerce des cigarettes aux clous de girofle de l'Indonésie, et prive celle-ci de quelque 15 millions de dollars de recettes d'exportation. L'interdiction des cigarettes aromatisées n'était pas "nécessaire", et l'interdiction de l'utilisation de certains arômes caractérisants dans les cigarettes, mais pas du menthol et du tabac, constitue donc un obstacle non nécessaire au commerce international.

C. L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994 NE S'APPLIQUE PAS PARCE QUE LA MESURE EST UNE RESTRICTION AU COMMERCE QUI SE PRESENTE SOUS LE COUVERT D'UNE MESURE NECESSAIRE POUR PROTEGER LA SANTE DES PERSONNES

47. Dans certaines circonstances, l'article XX du GATT permet aux Membres de prendre des mesures qui sont incompatibles avec leurs obligations dans le cadre de l'OMC. Les Membres peuvent, par exemple, adopter certaines mesures pour protéger la santé des personnes pour autant qu'elles ne constituent pas une "restriction déguisée au commerce" ou une "discrimination ... injustifiable entre les pays". Cependant, pour les mêmes raisons que celles exposées dans le contexte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la Règle spéciale, qui ne s'applique qu'à certains arômes, mais pas à tous, n'est pas justifiable et elle n'est certainement pas nécessaire pour protéger les jeunes contre le tabagisme. Par conséquent, les États-Unis ne peuvent pas se prévaloir des exceptions prévues à l'article XX.

D. LE FAIT QUE LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS JUSTIFIÉ LA RÈGLE SPÉCIALE CONSTITUAIT UNE VIOLATION DE L'ARTICLE 2.5 DE L'ACCORD OTC

48. L'article 2.5 de l'Accord OTC exige d'un Membre de l'OMC qui élabore, adopte ou applique un règlement technique qui aura un effet notable sur le commerce d'un autre Membre qu'il justifie ce règlement technique. À diverses reprises, l'Indonésie a demandé une justification, y compris le fondement scientifique de la Règle spéciale. Malgré les demandes répétées de l'Indonésie, les États-Unis ne lui ont jamais fourni de fondement ou d'explication scientifiques justifiant la Règle spéciale. De plus, les États-Unis n'ont jamais expliqué pour quelle raison il n'était pas possible de réaliser les objectifs de la Règle spéciale au moyen d'une mesure moins restrictive pour le commerce. Pour ces raisons, les États-Unis ont manqué aux obligations leur incombant au titre de l'article 2.5 de l'Accord OTC.

E. LA RÈGLE SPÉCIALE EST INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.8 DE L'ACCORD OTC PARCE QUE L'INTERDICTION DES CIGARETTES AUX CLOUS DE GIROFLE EST BASÉE SUR DES CARACTÉRISTIQUES DESCRIPTIVES

49. L'article 2.8 de l'Accord OTC prescrit que "[d]ans tous les cas où cela sera approprié, les Membres définiront les règlements techniques basés sur les prescriptions relatives au produit en fonction des propriétés d'emploi du produit plutôt que de sa conception ou de ses caractéristiques descriptives". La Règle spéciale interdit certaines cigarettes uniquement en fonction de leurs caractéristiques descriptives. Elle interdit les cigarettes ayant un "arôme caractérisant", mais ne comprend aucune définition d'un "arôme caractérisant". La FDA n'a pas fourni d'autre indication sur ce qui constitue un "arôme caractérisant". Ni la Loi ni la Règle spéciale ne précisent les critères, propriétés d'emploi ou autres, en fonction desquels certains ingrédients, comme les clous de girofle moulus, qui sont ajoutés à des fins aromatisantes seront réputés être "caractérisants", alors que d'autres ingrédients également ajoutés à des fins aromatisantes, comme le sucre brun, ne le seront pas. Par conséquent, en basant l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale sur des caractéristiques descriptives, les États-Unis ont agi en violation de l'article 2.8 de l'Accord OTC.

F. LES ÉTATS-UNIS NE SE SONT PAS CONFORMES AUX PRESCRIPTIONS DE L'ARTICLE 2 LORSQU'ILS ONT ADOPTÉ UN RÈGLEMENT TECHNIQUE QUI AVAIT UN EFFET NOTABLE SUR LE COMMERCE AVEC L'INDONÉSIE

50. L'article 2.9 de l'Accord OTC impose aux Membres de respecter diverses prescriptions de procédure avant d'adopter certains règlements techniques. Les États-Unis n'ont pas suivi plusieurs des procédures prescrites par l'article 2.9. Ils n'ont pas présenté la notification exigée par l'article 2.9.2. De plus, les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.9.3 lorsque, comme il est mentionné plus haut dans le contexte de l'article 2.5, ils n'ont pas répondu à la demande d'explication sur des aspects particuliers de la Règle spéciale que leur avait adressée l'Indonésie. Pour ces raisons, les États-Unis ont agi en violation de l'article 2.9 de l'Accord OTC.

G. LES ÉTATS-UNIS ONT AGI EN VIOLATION DE L'ARTICLE 2.10 S'ILS AFFIRMENT QUE L'ARTICLE 2.9 NE DEVRAIT PAS S'APPLIQUER

51. L'article 2.10 de l'Accord OTC ménage aux Membres la possibilité de déroger à leur obligation de suivre les procédures énoncées à l'article 2.9 "si des problèmes urgents de sécurité, de santé, de protection de l'environnement ou de sécurité nationale se posent ou menacent de se poser". Dans ces cas, le paragraphe 2.10.1 requiert des Membres qu'ils "notifie[nt] immédiatement aux autres Membres, par l'intermédiaire du Secrétariat, le règlement technique en question et les produits visés, en indiquant brièvement l'objectif et la raison d'être du règlement technique, y compris la nature des problèmes urgents". Si les États-Unis pensaient que des problèmes urgents exigeaient l'adoption de la

Règle spéciale, ils ont néanmoins agi en violation de l'article 2.10 parce qu'ils n'ont pas présenté la notification requise au Comité OTC.

H. LA REGLE SPECIALE NE PREVOIT PAS UN DELAI RAISONNABLE AVANT SA DATE D'ENTREE EN VIGUEUR, CE QUI CONSTITUE UNE VIOLATION DE L'ARTICLE 2.12 DE L'ACCORD OTC

52. L'article 2.12 de l'Accord OTC exige des Membres qu'ils ménagent un délai raisonnable entre la publication des règlements techniques et leur entrée en vigueur afin de laisser aux producteurs dans les Membres exportateurs le temps de s'adapter. Aux fins de la mise en œuvre de cet article, le Comité OTC a dit que "l'expression "délai raisonnable" sera[it] interprétée comme signifiant normalement une période qui ne sera[it] pas inférieure à six mois, sauf quand cela ne permettrait pas d'atteindre les objectifs légitimes recherchés". La Loi a été signée le 22 juin 2009 et la Règle spéciale est entrée en vigueur 90 jours plus tard. Un délai de 90 jours est bien loin de satisfaire au critère du "délai raisonnable" de six mois recommandé par le Comité OTC. Ni la Loi elle-même ni aucune autre déclaration des États-Unis n'indiquent que l'entrée en vigueur de la Règle spéciale 90 jours après la signature était nécessaire pour la réalisation des objectifs de la Loi. Les États-Unis ont manqué aux obligations leur incombant au titre de l'article 2.12 de l'Accord OTC.

I. LA REGLE SPECIALE VIOLE L'ARTICLE 12.3 DE L'ACCORD OTC PARCE QUE L'INTERDICTION A CREE UN OBSTACLE NON NECESSAIRE AUX EXPORTATIONS D'UN PAYS EN DEVELOPPEMENT

53. L'article 12.3 de l'Accord OTC exige des Membres qu'ils tiennent compte des besoins spéciaux des pays en développement Membres de l'OMC afin que les règlements techniques ne créent pas d'obstacles non nécessaires aux exportations des pays en développement Membres. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par la Règle spéciale n'était pas nécessaire et a complètement éliminé les exportations de cigarettes aux clous de girofle de l'Indonésie, qui est de loin le principal producteur de cigarettes aux clous de girofle vendues aux États-Unis. Ces derniers n'ont pas tenu compte des préoccupations exprimées à plusieurs reprises par l'Indonésie et ont adopté une interdiction des cigarettes aux clous de girofle alors que des approches moins restrictives pour le commerce étaient applicables. Par conséquent, les États-Unis ont agi en violation de l'article 12.3 de l'Accord OTC dans l'élaboration et l'application de la Règle spéciale.

J. LA REGLE SPECIALE A ANNULE OU COMPROMIS DES AVANTAGES REVENANT DIRECTEMENT OU INDIRECTEMENT A L'INDONESIE

54. L'article XXIII:1 a) du GATT dispose qu'un Membre a un motif d'action et établit *prima facie* qu'il y a annulation ou réduction d'avantages s'il montre "qu'une autre partie contractante ne remplit pas les obligations qu'elle a contractées au titre du présent accord ..." Les violations de l'Accord OTC et du GATT de 1994 par les États-Unis qui ont été démontrées plus haut créent une présomption d'annulation ou de réduction d'avantages. De plus, il existe des éléments de preuve factuels déterminants qui indiquent que la concession tarifaire accordée pour les cigarettes aux clous de girofle dont bénéficiait jusqu'alors l'Indonésie a été annulée ou compromise par la Règle spéciale.

IV. CONCLUSION

55. Pour les raisons qui précèdent, l'Indonésie a l'honneur de demander que le Groupe spécial constate que la Règle spéciale est incompatible avec les obligations incombant aux États-Unis au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994. L'Indonésie demande en outre que le Groupe spécial recommande aux États-Unis de rendre leurs mesures conformes à leurs obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994.

ANNEXE A-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA PREMIÈRE COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

I. INTRODUCTION

1. L'Indonésie conteste la distinction particulière établie par l'article 907 a) 1) A) de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial, qui interdit toutes les cigarettes ayant un arôme caractérisant (y compris un arôme de clou de girofle), mais pas les cigarettes au tabac ou mentholées, que des dizaines de millions d'Américains fument chaque jour. La distinction entre ces types de cigarettes n'a pas été établie sur la base de l'origine nationale des produits. Elle n'a pas été établie sur la base du protectionnisme (somme toute, la loi dans son intégralité cible les cigarettiers des États-Unis). En fait, la distinction a été établie pour la protection de la santé publique sur la base d'éléments de preuve indiquant que certains produits présentaient un risque particulier pour les jeunes et que les conséquences négatives de leur interdiction étaient minimales, voire nulles. Les éléments de preuve montrent que les cigarettes aromatisées aux clous de girofle et à d'autres arômes, comme la cerise, le chocolat ou le cola, présentent un attrait particulier pour les jeunes. Il a été décidé d'interdire les cigarettes aux clous de girofle et les autres cigarettes aromatisées pour protéger la santé publique. Il n'a jamais été dans l'intention des Membres de l'OMC qu'une mesure de ce type soit contraire aux obligations souscrites dans le cadre de l'OMC, et cette mesure est entièrement compatible avec ces règles.

2. S'agissant des allégations formulées dans la présente affaire, la République d'Indonésie ("Indonésie") ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait. Concernant le traitement national, les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas des produits similaires aux cigarettes en général et aux cigarettes mentholées en particulier. Par ailleurs, l'Indonésie n'a pas présenté d'éléments de preuve indiquant que le traitement différent accordé aux cigarettes aux clous de girofle par rapport aux produits non interdits était moins favorable sur la base de l'origine. Par conséquent, les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec leurs obligations en matière de traitement national. Il est également clair que l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant au titre de l'article 2.2 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"). En fait, elle n'a pas produit le moindre élément de preuve indiquant qu'il existait une mesure de rechange raisonnablement applicable qui réalisait l'objectif légitime des États-Unis au niveau que les États-Unis considéraient comme approprié et qui était sensiblement moins restrictive pour le commerce. De la même manière, l'Indonésie ne s'est pas non plus acquittée de la charge lui incombant de prouver les autres allégations qu'elle a également formulées au titre de l'Accord OTC.

II. ARGUMENTATION JURIDIQUE

A. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC LES DISPOSITIONS DU GATT DE 1994 OU DE L'ACCORD OTC RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL

3. L'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article III:4 du GATT de 1994 et avec l'article 2.1 de l'Accord OTC sur la base d'une analyse erronée et d'éléments de preuve insuffisants indiquant que l'article 907 a) 1) A) accorde aux cigarettes importées d'Indonésie un traitement moins favorable que celui qu'il accorde aux cigarettes produites aux États-Unis. L'argument de l'Indonésie se résume à affirmer que l'article III:4 du GATT de 1994 empêche les États-Unis d'interdire une catégorie spécifique de cigarettes, incluant les cigarettes aux clous de girofle, à moins qu'ils n'interdisent aussi les cigarettes produites dans le pays qui sont vendues aux États-Unis, sans exception. Cependant, l'Indonésie ne démontre pas que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes produites dans le pays (en particulier, les cigarettes au tabac et

les cigarettes mentholées). Deuxièmement, l'Indonésie ne montre pas que l'article 907 a) 1) A) accorde un traitement moins favorable aux cigarettes aux clous de girofle sur la base de leur origine nationale.

B. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE III:4 DU GATT

4. L'Indonésie affirme que les cigarettes nationales et les cigarettes aux clous de girofle sont des produits "similaires" en ce qui concerne l'article 907 a) 1) A). Cependant, l'analyse ci-dessous démontrera que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas dans un rapport de concurrence avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées et ne sont pas substituables ou interchangeables pour les détaillants ou les consommateurs. En outre, une détermination de la "similarité" – en plus de s'attacher au rapport de concurrence entre les produits – devra analyser avec soin l'importance des caractères que toutes les cigarettes ont généralement en commun et des caractères qui sont importants du point de vue de la disposition relative à la santé publique qui est en cause.

5. Composition physique. La composition physique des cigarettes aux clous de girofle est différente de celle des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées. Les clous de girofle sont des boutons floraux séchés qui proviennent du giroflier. Ils confèrent un arôme et un parfum doux et épicés. Le clou de girofle est un ingrédient important des cigarettes aux clous de girofle. Les cigarettes aux clous de girofle contiennent généralement 60 pour cent de tabac et 40 pour cent de clous de girofle et de cacao. Les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées ne contiennent pas d'importantes quantités d'ingrédients alimentaires. En outre, contrairement aux autres cigarettes, les cigarettes aux clous de girofle contiennent des quantités importantes d'eugénol, lequel a un effet anesthésiant et engourdisant dont on dit qu'il attire les nouveaux fumeurs. Les cigarettes aux clous de girofle contiennent aussi une "sauce" spéciale exclusive à laquelle est imputable une partie de leur attrait. Les fabricants de cigarettes aux clous de girofle introduisent ces additifs aromatisants physiquement différents dans le but de différencier les cigarettes aux clous de girofle des autres cigarettes, et ils sont parvenus à le faire. En somme, les cigarettes aux clous de girofle ont un goût différent de celui des autres cigarettes. Elles contiennent aussi une substance chimique délétère, la coumarine, que l'on ne retrouve plus dans la plupart des cigarettes, et une série d'autres composés aromatisants que l'on ne trouve généralement pas dans les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées. Contrairement au clou de girofle, qui constitue en poids près de la moitié d'une cigarette aux clous de girofle, le menthol constitue moins d'un pour cent d'une cigarette mentholée. De plus, les cigarettes mentholées ne contiennent généralement pas de coumarine ni divers autres composés aromatiques que l'on retrouve habituellement dans les cigarettes aux clous de girofle.

6. Utilisations finales. Les cigarettes ont au moins deux utilisations finales aux États-Unis, que permettent à des degrés divers les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac. Les cigarettes ont pour utilisation finale de satisfaire une dépendance à la nicotine. Les éléments de preuve montrent notamment que la grande majorité des quelque 46 millions de fumeurs américains réguliers consomment des cigarettes au tabac ou des cigarettes mentholées. Les cigarettes ont aussi pour utilisation finale de procurer une expérience agréable associée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée. Les éléments de preuve laissent entendre que les cigarettes aux clous de girofle et les autres cigarettes ayant des arômes caractérisants, en particulier, permettent cette utilisation finale aux États-Unis, principalement chez les jeunes.

7. Goûts et habitudes des consommateurs. L'Organe d'appel a insisté sur le fait que dans les cas où, comme en l'espèce, les propriétés physiques des produits étaient très différentes, un examen des éléments de preuve relatifs aux goûts et habitudes des consommateurs était indispensable pour déterminer la "similarité". La question de savoir si les produits sont "interchangeables" ou "substituables" de l'avis des consommateurs, ce qui démontrerait l'existence d'un rapport de concurrence, se situe au cœur de cette analyse.

8. Contrairement à ce qui se passait dans des affaires où des groupes spéciaux ont constaté que les consommateurs percevaient et utilisaient les produits comme des produits interchangeables et substituables, dans la présente affaire, les consommateurs différencient clairement les produits. L'Indonésie n'a présenté aucun élément de preuve démontrant que les cigarettes aux clous de girofle cherchaient à concurrencer les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées, ou que les consommateurs les considéraient comme des produits substituables. Les cigarettes aux clous de girofle sont commercialisées, vendues et consommées comme un produit du tabac "pour les occasions spéciales", alors que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont commercialisées, vendues et consommées comme une cigarette ordinaire d'usage quotidien. Les cigarettes aux clous de girofle sont fumées majoritairement par des jeunes, qui sont généralement des fumeurs débutants. Les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont régulièrement consommées par une grande proportion de jeunes, mais surtout par des adultes, qui en fument régulièrement. Les cigarettes aux clous de girofle ne leur faisaient pas concurrence sur le marché de la "consommation régulière". L'Indonésie affirme, mais n'a fourni aucun élément de preuve pour le démontrer, que les cigarettes aux clous de girofle sont en concurrence avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées pour l'accès aux réseaux de distribution, le linéaire ou la part de marché. Les éléments de preuve existants concernant les goûts et habitudes des consommateurs semblent indiquer que les cigarettes aux clous de girofle sont consommées "de manière similaire" aux autres arômes interdits au titre de l'article 907 a) 1) A). Les cigarettes aux clous de girofle – tout comme les cigarettes au chocolat, ou les cigarettes "Midnight Madness" ou "Mandalay Lime" – sont choisies presque exclusivement par des jeunes, à titre expérimental ou pour des "occasions spéciales". En tant que telles, elles ont pour effet de rendre le tabac attrayant, en particulier pour les nouveaux consommateurs. L'Indonésie présente des données non fiables pour laisser entendre que le mode de consommation des cigarettes aux clous de girofle est similaire à celui des cigarettes au tabac ou des cigarettes mentholées, mais à une plus petite échelle. De plus – ce qui est révélateur – l'Indonésie ne conteste pas le fait capital que les cigarettes aux clous de girofle sont consommées par une proportion insignifiante d'adultes.

9. Classement tarifaire international. Les États-Unis estiment que le traitement fiscal de deux produits différents devrait très peu peser dans l'analyse du "produit similaire" lorsque la mesure nationale à l'examen est adoptée, non à des fins fiscales, mais à des fins de protection de la santé des personnes.

10. Conclusion concernant le produit similaire. L'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de prouver que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées. Comme il a été indiqué, les "quatre facteurs" appliqués ci-dessus sont pris en considération par les groupes spéciaux dans la mesure où ils facilitent une détermination de la similarité. En l'espèce, les facteurs définissent un cadre qui permet d'arriver aux conclusions cruciales suivantes: 1) les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas dans un rapport de concurrence avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées, et 2) les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas interchangeables avec les cigarettes au tabac ou les cigarettes mentholées ni substituables à ces cigarettes. Ce ne sont pas des produits similaires.

11. Traitement moins favorable sur la base de l'origine. Une mesure viole les dispositions de l'article III:4 du GATT si elle accorde à un produit importé un traitement moins favorable que celui qu'elle accorde à un produit national similaire sur la base de l'origine nationale. Même si l'on met de côté le fait que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas des produits similaires aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de démontrer que les cigarettes aux clous de girofle sont soumises à un traitement moins favorable sur la base de leur origine nationale. L'article III n'interdit pas aux Membres d'établir des distinctions réglementaires entre des produits différents qui peuvent relever d'une catégorie unique de "produits similaires" aux fins de l'article III. L'article III interdit plutôt aux Membres d'accorder un traitement moins favorable – *de jure* ou *de facto* – aux produits importés par rapport aux produits nationaux.

12. Pas de discrimination de jure. L'interdiction des cigarettes ayant des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol s'applique de la même manière à toutes les cigarettes vendues aux États-Unis, quel que soit l'endroit où elles sont produites. En l'espèce, la mesure en cause est neutre telle qu'elle est libellée, et c'est à l'Indonésie qu'il incombe de prouver que, telle qu'elle est appliquée, la mesure établit une discrimination entre les cigarettes indonésiennes et les cigarettes nationales sur la base de l'origine et accorde un traitement moins favorable aux produits importés par rapport aux produits nationaux.

13. Pas de discrimination de facto. L'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de prouver l'existence d'une discrimination *de facto*. Premièrement, elle ne précise pas *quels* produits sont, selon ses allégations, soumis à un traitement différent. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie fait valoir que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes produites dans le pays, sans exception. Il apparaît donc que l'Indonésie serait d'avis qu'une interdiction par les États-Unis des cigarettes qui ont un arôme caractérisant incluant celui du clou de girofle établirait une discrimination sur la base de l'origine, sauf si les États-Unis interdisaient aussi *toutes* les cigarettes produites dans le pays, aromatisées ou autres.

14. Deuxièmement, le fait que l'Indonésie insiste pour dire que l'article 907 a) 1) A) viole l'article III:4 du GATT parce qu'il établit une distinction entre les cigarettes aux clous de girofle et, apparemment, toute cigarette nationale est incompatible avec l'interprétation que l'Organe d'appel a donnée du "traitement moins favorable" – même s'il devait être déterminé que les cigarettes aux clous de girofle et toutes les cigarettes nationales sont des produits "similaires". L'Organe d'appel reconnaît qu'un Membre peut établir des distinctions entre des produits dont il a été déterminé qu'ils étaient "similaires" sans protéger la production nationale ni accorder un traitement moins favorable aux produits importés.

15. Les mesures qui ne traitent pas les produits différemment sur la base de l'origine, et pour lesquelles les effets qui en résultent ne sont pas liés à l'origine du produit, ne sont pas des mesures qui protègent la production nationale. L'application de l'article 907 a) 1) A) est entièrement compatible avec l'objet et le but de la FSPTCA et avec l'approche des États-Unis concernant la réglementation du tabac en général. Un produit indonésien est affecté de manière défavorable par l'article 907 a) 1) A), non par suite d'une discrimination fondée sur l'origine, mais parce que les autorités sanitaires des États-Unis ont déterminé de manière légitime que les cigarettes aux clous de girofle relevaient d'une catégorie de cigarettes qu'il convenait d'interdire sur le marché des États-Unis pour protéger la santé publique. L'article 907 a) 1) A) établit une distinction entre les cigarettes selon qu'il est approprié pour la santé publique, et non sur la base de l'origine nationale des produits.

16. L'article 907 a) 1) A) ne protège pas non plus la production nationale. Il s'applique à une vaste gamme de cigarettes fabriquées aux États-Unis qui étaient destinées au marché des États-Unis. L'industrie du tabac des États-Unis a consacré plus d'une décennie et des sommes incalculables au développement et à la recherche, ainsi qu'à la commercialisation de cigarettes aux arômes "exotiques" destinées au marché des États-Unis et elle ne peut maintenant vendre aucun de ces produits aux consommateurs ciblés. En outre, l'article 907 a) 1) A) fait partie d'une loi plus générale qui impose une série de restrictions à toutes les cigarettes vendues aux États-Unis, dont près de la totalité – 97 pour cent – sont produites aux États-Unis. L'article III:4 protège les Membres contre une discrimination fondée sur l'origine – mais il ne protège pas les produits étrangers contre tous les effets défavorables d'une mesure qui, dans la poursuite d'un objectif légitime, a une incidence défavorable sur un produit étranger.

C. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

17. Les États-Unis tiennent à faire observer que certaines différences textuelles et contextuelles devraient être prises en compte dans l'analyse de la "similarité" et du "traitement moins favorable" par le Groupe spécial au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Une différence de ce type que le Groupe spécial devrait prendre en considération est le libellé figurant dans le préambule de l'Accord OTC qui dit que "rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires ... à la protection de la santé et de la vie des personnes". Il conviendrait aussi de noter que la partie pertinente de l'article 2.1 dit que "[l]es Membres feront en sorte, *pour ce qui concerne les règlements techniques*, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale ...". (pas d'italique dans l'original) L'obligation énoncée à l'article 2.1 s'applique donc "pour ce qui concerne" un règlement technique. Une analyse du produit similaire au titre de l'Accord OTC doit donc veiller à établir une distinction entre les caractéristiques qui font qu'un produit ou un groupe de produits est identifiable aux fins du règlement et les caractéristiques qui démontrent l'existence d'un rapport de concurrence ou d'une substituabilité sur le marché.

D. L'ARTICLE 907 A) 1) A) N'EST PAS INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

18. L'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour atteindre un objectif légitime et qu'il est par conséquent incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Les arguments de l'Indonésie devraient être rejetés.

19. D'une manière générale, l'article 907 a) 1) A) réalise l'objectif légitime de protection de la santé publique. En particulier, l'objectif légitime de l'article 907 a) 1) A) est de réduire le tabagisme chez les jeunes selon qu'il est approprié pour la protection de la santé publique, compte tenu des conséquences négatives résultant de l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants. Ces conséquences négatives peuvent comprendre l'incidence inconnue, mais peut-être négative, sur la santé des fumeurs adultes et sur le système de soins de santé des États-Unis de façon générale, ainsi que l'essor du marché noir des cigarettes déjà existant aux États-Unis. Ne pas tenir compte du risque que représentent de tels facteurs, que la FDA et d'autres organisations étudient encore, pourrait entraîner une dégradation, et non une amélioration, de la santé publique aux États-Unis.

20. Étant donné l'importance de la santé publique, les États-Unis ont choisi un niveau de protection élevé. Eu égard aux efforts longs et décevants du gouvernement des États-Unis pour essayer de limiter le tabagisme chez les jeunes, ce niveau de protection élevé est attesté par la mesure appliquée – une interdiction. Comme nous l'expliquons plus bas, l'article 907 a) 1) A) réalise incontestablement cet objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié. Enfin, l'Indonésie n'a pas établi qu'une quelconque mesure de rechange réalisait l'objectif légitime des États-Unis au niveau qu'ils considéraient comme approprié et qui était aussi sensiblement moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A). Par conséquent, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant d'établir l'existence d'une infraction à l'article 2.2.

21. La mesure vise de façon générale à réaliser l'objectif de protection de la santé publique. En particulier, la première partie de la mesure, à savoir l'interdiction, vise à réaliser l'objectif consistant à réduire la proportion des jeunes qui deviennent des fumeurs en éliminant du marché certains produits qui présentent pour eux un attrait particulier. La deuxième partie de la mesure, à savoir l'exception limitée à l'interdiction, vise à faire en sorte qu'une interdiction qui réduit le tabagisme chez les jeunes soit appropriée pour la protection de la santé publique même compte tenu des conséquences négatives que le fait d'éliminer du marché des produits dont des millions d'adultes sont dépendants risque d'avoir pour les fumeurs adultes, le système de soins de santé des États-Unis et la société de façon plus générale.

22. L'objectif légitime est la protection de la santé des personnes, laquelle est explicitement énumérée en tant qu'objectif légitime à l'article 2.2. De plus, la liste des objectifs légitimes figurant dans l'article 2.2 n'est pas exhaustive, ainsi que le confirme l'inclusion de l'expression "entre autres", point qu'a confirmé le Groupe spécial *CE – Sardines*, qui a constaté que deux objectifs non énumérés à l'article 2.2 étaient légitimes. La mesure cherche à réduire le tabagisme chez les jeunes selon qu'il est approprié pour la protection de la santé publique, compte tenu du risque de conséquences négatives (y compris l'incidence négative sur la santé des fumeurs adultes dépendants, la protection de l'intégrité du système de soins de santé national et la limitation de l'essor d'un marché noir non réglementé et illégal).

23. L'article 907 a) 1) A) réalise l'objectif légitime de protection de la santé publique en réduisant le tabagisme chez les jeunes tout en évitant les conséquences négatives qui pourraient résulter de l'interdiction de produits dont des dizaines de millions d'adultes sont dépendants en interdisant seulement les produits qui servent de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs, et qui ne sont pas consommés régulièrement par les fumeurs adultes. C'est ce que montrent les éléments de preuve indiquant que les cigarettes aromatisées – à l'exception des cigarettes mentholées – sont consommées de manière disproportionnée par les jeunes fumeurs débutants (aussi bien les mineurs que les jeunes adultes) plutôt que les fumeurs adultes plus âgés et déjà dépendants.

24. Un Membre est habilité à faire en sorte que ses mesures respectent son niveau de protection, qu'il peut se fixer à n'importe quel niveau qu'il juge approprié. Bien que la proportion de fumeurs chez les jeunes, ainsi que dans la population dans son ensemble, soit en recul depuis un certain nombre d'années, le Congrès a constaté que le nombre de fumeurs, en particulier de jeunes fumeurs, restait "élevé et inacceptable". L'article 907 a) 1) A) représente une restriction générale de la vente des produits qui attirent les jeunes, mais dont la consommation régulière par les fumeurs adultes est négligeable, et il était une étape nécessaire pour réduire encore plus le tabagisme chez les jeunes étant donné que les efforts antérieurs visant, par exemple, à restreindre la publicité avaient, selon les propres termes du Congrès, "échoué". En conséquence, la gravité du problème du tabagisme chez les jeunes est attestée par le type de mesure employée par le Congrès – une interdiction. Le fait que l'article 907 a) 1) A) prohibe les cigarettes aromatisées qui ne sont consommées qu'en tant que produits "d'apprentissage", tout en exemptant les produits qui ne présentent pas un attrait seulement pour les jeunes, réalise l'objectif légitime de protection de la santé publique au niveau que les États-Unis considèrent comme approprié.

25. L'article 2.2 de l'Accord OTC dispose que les règlements techniques ne seront pas "plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire" pour réaliser un objectif légitime. Une mesure qui réalise son objectif légitime au niveau que le Membre juge approprié n'est pas, en droit, plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire à moins que le Membre plaignant ne prouve qu'il existe une mesure de rechange qui est raisonnablement applicable, qui réalise aussi l'objectif légitime du Membre défendeur au niveau que le Membre importateur juge approprié et qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée. L'Indonésie n'a présenté aucun élément de preuve établissant que ne serait-ce qu'une seule des nombreuses mesures qu'elle a tirées de diverses sources satisfaisait à cette norme et, par conséquent, elle ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant d'établir *prima facie* l'existence d'une incompatibilité.

26. L'Indonésie fait valoir que le Groupe spécial devrait se servir du sens du terme "nécessaire", tel qu'il est utilisé à l'article XX du GATT de 1994 et tel que l'ont interprété l'Organe d'appel et des groupes spéciaux antérieurs, pour circonscrire le critère "plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire" qui figure à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Une telle approche est dénuée de fondement et injustifiée. L'interprétation appropriée de ce critère découle du texte de l'article 2.2 lui-même et de tout contexte pertinent conformément aux articles 31 et 32 de la *Convention de Vienne sur le droit des traités*. Le mot "nécessaire" figurant à l'article XX est utilisé dans un sens différent qui couvre un ensemble de circonstances différent. Par conséquent, il ne serait pas approprié d'appliquer la même

approche interprétative que celle qui est suivie par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel en ce qui concerne le mot "nécessaire" apparaissant à l'article XX du GATT de 1994.

27. Aux paragraphes 106 à 111, l'Indonésie énumère simplement un certain nombre de restrictions différentes tirées d'autres parties de la FSPTCA, de l'Accord d'expédient conclu en 2006 avec R. J. Reynolds, des législations de Singapour et de l'Australie, et de la *Convention-cadre pour la lutte antitabac*. L'Indonésie fait brièvement référence à ces restrictions sans fournir d'éléments de preuve indiquant que l'une quelconque de ces restrictions réalise l'objectif des États-Unis au niveau de protection qu'ils jugent approprié ou est sensiblement moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A). Une partie plaignante ne peut pas se libérer de la charge qui lui incombe d'établir des éléments *prima facie* en faisant simplement référence à des mesures de rechange – elle doit établir à l'aide d'éléments de preuve suffisants une présomption d'incompatibilité avec chaque partie du critère juridique.

E. L'INDONESIE N'A PAS MONTRE QUE LES ÉTATS-UNIS AVAIENT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC D'AUTRES ARTICLES DE L'ACCORD OTC

28. Article 2.5. L'Indonésie soutient que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC en ne fournissant pas à ses questions concernant l'article 907 a) 1) A) "une réponse complète" qui apporte des "preuves scientifiques" et "fait référence aux termes de l'article 2.2, 2.3 et 2.4 de l'Accord OTC". L'Indonésie comprend mal l'obligation. Dans le présent différend, les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec l'article 2.5 et ont expliqué les objectifs de leur mesure et justifié sa promulgation. En fait, les États-Unis et l'Indonésie ont eu de nombreux échanges sur cette question. Par exemple, les États-Unis sont convenus de prendre des dispositions spéciales pour tenir des discussions bilatérales avec l'Indonésie à Genève le 27 août 2009. Dès la semaine suivante, le Représentant des États-Unis pour les questions commerciales internationales, M. l'Ambassadeur Ronald Kirk, a discuté des préoccupations de l'Indonésie alors qu'il assistait à une réunion ministérielle de l'OMC en Inde. Cet échange a ensuite été lui-même suivi d'un débat sur la question entre les délégations des deux pays à la réunion du Comité OTC de novembre 2009.

29. Article 2.8. L'Indonésie soutient que l'article 2.8 de l'Accord OTC dispose que "les règlements techniques d'un Membre doivent exiger que les produits aient certaines propriétés d'emploi au lieu de simplement définir comment les produits doivent être fabriqués ou ce qu'ils doivent contenir". L'Indonésie dit pour conclure qu'"en basant l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle énoncée dans la Règle spéciale sur des caractéristiques descriptives, les États-Unis ont agi en violation de l'article 2.8 de l'Accord OTC". L'argument de l'Indonésie est erroné.

30. Dans son argument, l'Indonésie ne tient pas compte de la limitation fondamentale énoncée à l'article 2.8 – à savoir que l'obligation de définir les règlements techniques en fonction des caractéristiques relatives aux propriétés d'emploi ne s'applique que dans les cas où il est "approprié" de le faire. Comme il est indiqué plus haut, le Congrès a choisi de structurer l'article 907 a) 1) A) en fonction des caractéristiques descriptives étant donné que ce sont les additifs, arômes, extraits végétaux et épices qui créaient le risque auquel l'article 907 a) 1) A) visait à répondre. Par conséquent, il était "approprié" que le Congrès structure l'article 907 a) 1) A) en fonction des caractéristiques descriptives du produit. Par ailleurs, c'est à l'Indonésie qu'incombe la charge d'établir l'existence d'une infraction à l'article 2.8. Or, elle n'a même pas avancé de raison pour justifier le fait qu'il n'était pas "approprié" de structurer l'article 907 a) 1) A) en fonction des caractéristiques descriptives.

31. Article 2.9. L'Indonésie soutient que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9 de l'Accord OTC en ne notifiant pas l'article 907 a) 1) A). C'est à l'Indonésie qu'incombe la charge de prouver chaque élément de son allégation.

32. Article 2.12. L'Indonésie fait aussi valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'Accord OTC parce qu'ils n'ont ménagé qu'un délai de trois mois entre la date de publication de la FSPTCA et sa date d'entrée en vigueur. Là encore, l'argument de l'Indonésie est erroné. Son argument selon lequel le délai de 90 jours ménagé par les États-Unis n'était pas raisonnable s'appuie sur une décision du Comité OTC. En citant la décision du Comité OTC, l'Indonésie n'établit pas que les États-Unis ont contrevenu à l'article 2.12 de l'Accord OTC pour de nombreuses raisons. Étant donné que la décision du Comité OTC ne lie pas l'ensemble des Membres de l'OMC, et étant donné le caractère conditionnel de son libellé, la détermination sur le point de savoir si un délai particulier est "raisonnable" doit être faite par un groupe spécial au cas par cas. En l'espèce, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de démontrer que le délai de 90 jours ménagé par les États-Unis n'était pas raisonnable.

33. Article 12.3. Enfin, l'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 12.3 de l'Accord OTC. Pour établir l'existence d'une violation de l'article 12.3, la partie plaignante doit démontrer: 1) qu'elle est un pays en développement; 2) que l'autre Membre n'a pas tenu compte des besoins spéciaux de son développement, de ses finances et de son commerce durant l'élaboration et l'application d'un règlement technique; et 3) que ledit Membre n'a pas tenu compte de ces besoins *pour* faire en sorte que le règlement technique ne crée pas d'obstacles non nécessaires aux exportations.

34. En l'espèce, l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge lui incombant de prouver ces éléments. À supposer, pour les besoins de l'argumentation, qu'elle soit un pays en développement, l'Indonésie n'a pas démontré que les États-Unis n'avaient pas tenu compte d'un ou de plusieurs de ses besoins spéciaux pour la promulgation de la FSPTCA. Au contraire, au cours des cinq années qui ont séparé le moment où le projet de loi initial a été présenté pour examen à la Chambre des représentants en 2004 et celui où la loi a été promulguée en 2009, l'Indonésie a eu d'amples possibilités de faire connaître ses vues tant au Congrès qu'à l'Exécutif, et, en fait, elle a bien fait connaître ses vues. L'Indonésie a eu de nombreux échanges tant avec le Congrès qu'avec l'Exécutif, ce qui faisait que les États-Unis étaient parfaitement au courant de sa position. En donnant à l'Indonésie la possibilité de formuler des observations sur les versions précédentes de la législation, ainsi que sur la version qui a effectivement été promulguée en tant que loi des États-Unis, les États-Unis se sont acquittés de leurs obligations au titre de l'article 12.3.

F. L'ARTICLE 907 A) 1) A) EST JUSTIFIÉ AU REGARD DE L'ARTICLE XX

35. L'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) était contraire aux obligations des États-Unis au titre de l'article III:4 du GATT. Si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions prévues par le GATT, l'application de l'article 907 a) 1) A) serait justifiée au regard de l'article XX b) du GATT. L'Organe d'appel a auparavant expliqué que, pour justifier une mesure au titre de cet article, la partie défenderesse devait démontrer que la mesure: 1) relevait de l'exception prévue à l'article XX b) et 2) satisfaisait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.

36. Des groupes spéciaux antérieurs ont indiqué que deux éléments devaient être réunis pour qu'une mesure relève de l'exception prévue à l'article XX b): 1) la politique dans laquelle s'inscrivait la mesure pour laquelle la disposition était invoquée devait entrer dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux; et 2) la mesure incompatible pour laquelle l'exception était invoquée devait être nécessaire pour atteindre l'objectif de ladite politique.

37. L'article 907 a) 1) A) a été adopté afin de protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme. Par ailleurs, l'article 907 a) 1) A) était nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont essentiellement consommés par les jeunes en tant que produits "pour débutants", et entraînent des années de dépendance, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent pas du tout être vendus aux États-Unis. S'agissant du dernier point, les États-Unis pensent

que le Groupe spécial devrait parvenir à la même conclusion s'il suit la méthode employée par des groupes spéciaux antérieurs pour déterminer si une mesure est nécessaire au regard de l'une des exceptions prévues à l'article XX. Confrontés à la question de savoir si une mesure était nécessaire, d'autres groupes spéciaux ont engagé "un processus consistant à soupeser et mettre en balance une série de facteurs" parmi lesquels figuraient 1) l'importance des intérêts ou des valeurs en cause; 2) la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif; et 3) le caractère restrictif de la mesure pour le commerce. Ces trois facteurs penchent tous en faveur d'une détermination établissant que l'article 907 a) 1) A) était nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes contre les risques présentés par le tabagisme, en particulier chez les jeunes.

38. Premièrement, un facteur que les groupes spéciaux examinent généralement pour déterminer si une mesure est nécessaire est l'importance des intérêts ou des valeurs en cause. Si l'intérêt en cause était d'une importance fondamentale, les groupes spéciaux antérieurs ont été plus portés à déterminer qu'une mesure était nécessaire pour réaliser son objectif déclaré. C'est le cas en l'espèce. Les États-Unis appliquent l'article 907 a) 1) A) pour protéger la santé et la vie de leur population, en particulier des jeunes.

39. Deuxièmement, pour déterminer si une mesure est nécessaire pour réaliser un certain objectif, des groupes spéciaux ont soupesé la contribution de la mesure à la réalisation de cet objectif. Une contribution existe lorsqu'il y a une véritable relation entre l'objectif poursuivi et la mesure en cause pour ce qui est de la fin et les moyens. Comme précédemment, s'ils constatent l'existence d'une véritable relation entre la mesure et l'objectif de politique qu'elle entend poursuivre, les groupes spéciaux sont plus portés à considérer que la mesure en question est nécessaire. L'article 907 a) 1) A) contribue directement à la protection de la santé et de la vie des personnes en faisant en sorte que les produits qui présentent un risque particulier pour les jeunes ne puissent pas être vendus sur le marché.

40. Troisièmement, pour décider si une mesure est nécessaire pour réaliser son objectif déclaré, des groupes spéciaux ont examiné le caractère restrictif pour le commerce de la mesure. Plus la mesure est restrictive, plus il peut falloir l'examiner avec soin pour déterminer si elle est nécessaire pour atteindre un objectif particulier. Cependant, une mesure restrictive peut quand même être considérée comme nécessaire sur la base du contexte de la situation dans laquelle le moyen de défense au titre de l'article XX b) est invoqué. Le contexte en l'espèce, comme il est indiqué plus haut, est que la proportion de jeunes fumeurs restait élevée et inacceptable au moment où la FSPTCA a été adoptée et que le Congrès a jugé approprié d'appliquer des restrictions plus sévères que celles qui avaient été appliquées jusqu'alors.

41. L'Organe d'appel a expliqué que, pour justifier une mesure au regard de l'article XX b) du GATT de 1994, la partie défenderesse devait en outre montrer que la mesure satisfaisait aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Pour qu'il soit satisfait aux prescriptions du texte introductif, l'Organe d'appel a expliqué dans des rapports antérieurs que la partie défenderesse devait démontrer que sa mesure: 1) n'était pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existaient; ou 2) une restriction déguisée au commerce international.

42. L'Organe d'appel a expliqué dans des rapports antérieurs qu'une mesure serait considérée comme étant appliquée de façon à entraîner une discrimination arbitraire ou injustifiable si trois conditions étaient réunies: 1) son application entraînait une discrimination; 2) cette discrimination était de nature arbitraire ou injustifiable; et 3) cette discrimination avait lieu entre des pays où les mêmes conditions existaient. Dans le présent différend, ces conditions ne sont pas remplies.

43. Premièrement, il n'y a absolument aucun traitement différencié, et par conséquent il ne peut pas y avoir de "discrimination", arbitraire, injustifiée ou autre. Comme il a été indiqué ci-dessus, la mesure en cause est une mesure neutre telle qu'elle est libellée qui s'applique de la même manière à toutes les cigarettes, quelle que soit leur origine.

44. Cependant, même s'il était constaté que l'article 907 a) 1) A) établissait une "discrimination", ce comportement ne pourrait pas être considéré comme "arbitraire" ou "injustifié". Si une partie défenderesse avance une justification de la mesure qui n'est pas fantaisiste, fortuite ou indéfendable, la mesure ne sera pas contraire à cet élément du texte introductif. C'est clairement le cas en l'espèce. Comme les États-Unis l'ont expliqué de manière très détaillée, la distinction que le Congrès a établie pour décider quels produits seraient interdits et quels produits ne le seraient pas n'était indubitablement ni arbitraire ni fantaisiste. Elle était plutôt fondée sur les éléments de preuve et visait à répondre à un risque spécifique pour la santé publique. Par conséquent, l'article 907 a) 1) A) n'équivaut pas à un acte de discrimination arbitraire ou injustifié.

45. La dernière prescription qu'une mesure doit respecter pour être justifiée au regard du texte introductif de l'article XX b) du GATT est qu'elle ne doit pas constituer une restriction déguisée au commerce international. Il est pertinent à cet égard d'examiner le but de la mesure pour déterminer si elle a des "objectifs protectionnistes". Si le but d'une mesure est par nature protectionniste, il est probable que la mesure sera considérée comme une restriction déguisée au commerce et ne satisfera pas aux prescriptions du texte introductif. En l'espèce, les éléments de preuve démontrent que l'article 907 a) 1) A) n'est pas une restriction déguisée au commerce.

46. En conséquence, l'article 907 a) 1) A) satisfait aux prescriptions du texte introductif et est justifié au regard de l'article XX b) du GATT.

ANNEXE B

RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES COMMUNICATIONS DES TIERCES PARTIES

Table des matières		Page
Annexe B-1	Résumé analytique de la communication du Brésil en tant que tierce partie	B-2
Annexe B-2	Résumé analytique de la déclaration orale du Brésil à la première réunion de fond	B-5
Annexe B-3	Résumé analytique de la déclaration orale de la Colombie à la première réunion de fond	B-6
Annexe B-4	Résumé analytique de la communication en tant que tierce partie et de la déclaration orale de l'Union européenne	B-11
Annexe B-5	Déclaration orale du Guatemala à la première réunion de fond	B-15
Annexe B-6	Déclaration orale du Mexique à la première réunion de fond	B-18
Annexe B-7	Résumé analytique de la déclaration orale de la Norvège à la première réunion de fond	B-22
Annexe B-8	Résumé analytique de la communication de la Turquie en tant que tierce partie	B-26

ANNEXE B-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DU BRÉSIL EN TANT QUE TIERCE PARTIE

I. ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC ET ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994, ANALYSE DE LA DISCRIMINATION *DE FACTO* ET DE LA SIMILARITÉ

1. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie estime que la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. Les États-Unis réfutent ces allégations en affirmant que la Règle spéciale est compatible avec leurs obligations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994 parce qu'elle "*établit une distinction entre les cigarettes sur la base de leurs effets globaux sur la santé publique, et non sur la base de leur origine nationale*" et qu'elle ne protège pas la branche de production nationale.

2. Même si le Brésil partage les préoccupations des États-Unis concernant le tabagisme chez les jeunes, il pense comme l'Indonésie que la Règle spéciale établit une discrimination injustifiable à l'encontre des cigarettes importées.

3. En ce qui concerne le sens de l'expression "produits similaires", le Brésil partage l'opinion de l'Indonésie selon laquelle les quatre critères énoncés par le Groupe de travail sur les ajustements fiscaux à la frontière, tels qu'ils ont été décrits par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, peuvent être pertinents, ainsi que l'observation formulée par l'Organe d'appel dans le même appel selon laquelle "l'expression "produits similaires" se rapporte aux rapports de concurrence entre et parmi les produits" et selon laquelle "il est important ... de prendre en compte les éléments de preuve qui indiquent s'il y a – ou pourrait y avoir – un rapport de concurrence sur le marché entre les produits considérés, et dans quelle mesure".

4. En l'espèce, il existe des éléments de preuve suffisants pour permettre de conclure que les cigarettes aux clous de girofle importées et les cigarettes produites aux États-Unis, en particulier les cigarettes mentholées, sont des produits similaires et que, par conséquent, le produit importé doit être traité de façon non moins favorable que les produits nationaux similaires sur le marché des États-Unis. Pour cette raison, le Brésil conclut que la Règle spéciale ne ménage pas des possibilités de concurrence égales entre les cigarettes importées (aux clous de girofle) et le produit national similaire (les cigarettes mentholées) sur le marché des États-Unis et que, par conséquent, la Règle spéciale semble être incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et également avec l'article III:4 du GATT de 1994.

II. ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

5. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie fait valoir que les États-Unis ne se sont pas conformés à l'article 2.2 de l'Accord OTC parce que les mesures en cause sont plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour protéger la santé des personnes. Les États-Unis estiment que les mesures en question réalisent l'objectif légitime à un niveau approprié et acceptable et ils allèguent que l'Indonésie n'a pas proposé de mesure de rechange qui aurait pu être raisonnablement applicable et sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée.

6. S'agissant de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Brésil souhaite se concentrer sur deux aspects de la mesure en cause dans le présent différend: i) la question de savoir si la Loi et la Règle spéciale poursuivent un objectif légitime, comme le prévoit l'article 2.2 de l'Accord OTC; et ii) la question de savoir si la Règle spéciale est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est "nécessaire" pour la

réalisation de cet objectif. Le Brésil croit comprendre que ces deux questions sont liées parce que, selon le texte de l'article 2.2, les mesures ne "seront" pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est "nécessaire" pour réaliser un objectif légitime. Comme l'Organe d'appel nous l'a rappelé dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*, la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif est un élément essentiel de l'analyse de la nécessité.

7. Considérant les problèmes de santé causés par les cigarettes, les actions visant à y remédier constituent une politique légitime de santé publique. Toutefois, il est à noter que les cigarettes mentholées représentent 43 pour cent des cigarettes fumées par les jeunes fumeurs aux États-Unis et l'interdiction des cigarettes imposée par la Règle spéciale ne vise pas les cigarettes mentholées. Eu égard aux faits de la cause en l'espèce, le Brésil estime qu'aux fins de l'évaluation de la conformité de la mesure avec l'article 2.2 de l'Accord OTC, l'élément essentiel que le Groupe spécial doit examiner de manière approfondie est le point de savoir si la Règle spéciale est "nécessaire" pour la réalisation de son objectif légitime.

8. Afin d'examiner l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC et l'allégation d'exception formulée par les États-Unis au titre de l'article XX b) du GATT de 1994 dans le présent différend, le Groupe spécial doit évaluer si la Règle spéciale est effectivement "nécessaire". Le Brésil estime que la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est particulièrement utile en l'occurrence. Pour lui, la question d'interprétation relative à la clarification du sens du terme "nécessaire" figurant à l'article 2.2 de l'Accord OTC consiste non pas à savoir si la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est applicable; mais plutôt à savoir si le raisonnement qui est requis au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC est fondamentalement le même que celui qui est requis au titre de l'article XX du GATT de 1994. Étant donné les similitudes entre les textes respectifs des deux dispositions, et entre leurs buts respectifs, le Brésil estime que le raisonnement requis est fondamentalement le même et, par conséquent, la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est très pertinente pour la clarification de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

9. Ainsi qu'il a déjà été indiqué, la contribution d'une mesure à la réalisation de son objectif est un élément essentiel pour déterminer si une mesure restrictive pour le commerce est "nécessaire". Le Brésil est d'avis que les interdictions commerciales sont soumises à un seuil de justification plus élevé que d'autres mesures moins restrictives pour le commerce et qu'elles doivent donc contribuer de manière claire et importante à la réalisation de leurs objectifs déclarés, comme l'Organe d'appel l'a expliqué dans l'affaire *Brésil – Pneumatiques rechapés*.

10. Le Brésil estime que les intérêts et valeurs sous-tendant l'objectif de la Loi sont d'une extrême importance, mais il considère que l'exclusion des cigarettes mentholées du champ des restrictions commerciales imposées par la Règle spéciale jette un doute sur la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif déclaré. Du point de vue de la politique de santé, la première option que les États-Unis auraient pu envisager pour réaliser l'objectif légitime de la Loi était l'imposition d'une mesure visant toutes les cigarettes aromatisées, nationales et importées, y compris les cigarettes mentholées. Toutefois, la Règle spéciale a choisi de ne pas interdire le type précis d'arôme qui est le plus fréquemment consommé par les jeunes fumeurs. Cette exclusion explicite d'un produit national similaire – aussi mauvais pour la santé – du champ de la mesure jette un doute sur la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif déclaré.

11. En outre, afin d'être conforme à l'article 2.2 de l'Accord OTC, un règlement technique ne doit pas être "plus restrictif pour le commerce qu'il" n'est nécessaire pour la réalisation de son objectif légitime, ce qui suppose qu'il faut examiner si des mesures moins restrictives pour le commerce sont applicables et permettent la réalisation du même objectif de politique. À cette fin, le Brésil estime que le Groupe spécial devrait examiner soigneusement si l'Indonésie a fourni des éléments *prima facie* concernant l'existence de mesures moins restrictives pour le commerce qui permettent de réaliser

l'objectif déclaré de la Loi et, dans l'affirmative, si les États-Unis se sont dûment acquittés de la charge de prouver que les mesures indiquées par l'Indonésie ne permettent pas de réaliser l'objectif de la Loi.

III. ARTICLE 2.8 DE L'ACCORD OTC

12. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie allègue que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.8 de l'Accord OTC parce que la Règle spéciale établie dans la Loi est basée sur des caractéristiques descriptives plutôt que sur des propriétés d'emploi. Les États-Unis soulignent qu'il est impératif d'analyser les mots "dans tous les cas où cela sera approprié" lors de l'interprétation de l'article 2.8 et ils estiment que les termes susmentionnés autorisent les Membres à structurer leurs règlements sur la base de caractéristiques descriptives dans les cas où "cela sera approprié".

13. Il ressort d'une simple lecture de l'article 2.8 de l'Accord OTC que les "caractéristiques descriptives" peuvent ne pas constituer une base appropriée pour des règlements techniques. Toutefois, cette obligation ne s'applique pas dans tous les cas. Selon l'article 2.8 de l'Accord OTC, cette obligation s'applique uniquement "dans tous les cas où cela sera approprié".

14. Compte tenu du sens ordinaire de ces mots et de leur contexte, on peut conclure que le terme "approprié" doit être interprété comme se situant quelque part entre les termes "commode" et "impératif". Le Brésil croit comprendre que l'on a inclus l'expression "dans tous les cas où cela sera approprié" dans l'article 2.8 de l'Accord OTC pour tenir compte du fait que tous les produits ne pouvaient pas être définis en fonction des propriétés d'emploi; mais dans les cas où un produit peut être défini en fonction des propriétés d'emploi, un règlement technique ne sera pas basé sur la conception ou les caractéristiques descriptives.

15. En résumé, lorsqu'il examinera l'expression "dans tous les cas où cela sera approprié" figurant à l'article 2.8 de l'Accord OTC, le Groupe spécial devrait accorder une attention spéciale à l'objectif et au but de la disposition afin de s'assurer qu'elle n'est pas rendue moins contraignante que son texte et son contexte ne le laissait supposer.

ANNEXE B-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DU BRÉSIL
À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

**I. DÉMONSTRATION DE L'EXISTENCE D'UNE DISCRIMINATION *DE FACTO* AU
TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994**

1. Dans leur première communication écrite, les États-Unis défendent une interprétation de l'article III:4 du GATT de 1994 qui exigerait des éléments de preuve concernant des effets préjudiciables fondés sur l'origine sur le produit importé en tant que condition préalable à la démonstration de l'existence d'une discrimination *de facto*. Selon ce point de vue, s'il était constaté qu'un facteur ou une circonstance autre que l'origine étrangère du produit constituait la base de la discrimination, il n'y aurait pas de violation de l'article III:4, parce que, d'après les allégations, la mesure ne protégerait pas la production nationale dans un tel cas.

2. L'expression "traitement non moins favorable", telle qu'elle figure à l'article III:4 du GATT de 1994, a été interprétée par l'Organe d'appel comme n'empêchant pas les Membres de traiter les produits importés et les produits nationaux différemment, mais plutôt comme garantissant des conditions de concurrence exemptes de distorsions entre les produits importés et les produits nationaux similaires. Par conséquent, les effets différenciés d'une mesure sur des produits importés et des produits nationaux similaires ne peuvent être justifiés que s'ils ne modifient pas les conditions de concurrence en faveur des produits nationaux.

3. Le Brésil est d'avis que pour déterminer si une mesure modifie les conditions de concurrence entre des produits importés et les produits nationaux similaires, une seule caractéristique ou un seul effet de la mesure ne peut être déterminant en soi. Il est vrai que les différences de traitement des produits importés par rapport aux produits nationaux similaires ne peuvent pas toutes être considérées comme constituant une violation de l'article III:4, conformément à la décision de l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*. Néanmoins, il est également vrai qu'une mesure qui, du fait de sa conception, de ses principes de base et de sa structure, modifie les conditions de concurrence au détriment des produits importés similaires est donc une mesure qui "protège la production nationale", même si cette mesure n'est pas basée sur l'origine étrangère du produit défavorisé.

4. Au vu des considérations qui précèdent, le Brésil estime que dans une analyse au titre de l'article III:4, la question cruciale est celle de savoir jusqu'à quel point l'application d'une mesure se traduit par un traitement moins favorable du produit importé, indépendamment de l'objectif déclaré de la mesure. En conséquence, le Brésil pense que le Groupe spécial devrait centrer son évaluation sur l'allégation formulée par l'Indonésie au titre de l'article III:4 concernant les caractéristiques de la mesure litigieuse des États-Unis, ainsi que sur ses effets réels sur la concurrence sur le marché des cigarettes des États-Unis dans son ensemble, et qu'il devrait peser soigneusement tous les éléments de preuve en cause dans le présent différend.

ANNEXE B-3

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA COLOMBIE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. La Colombie intervient dans la présente affaire en raison de son intérêt systémique dans l'application de plusieurs dispositions des accords visés de l'OMC qui sont examinées en l'espèce.

2. La Colombie ne se prononce pas d'une manière définitive sur les faits de la cause en l'espèce – qui dépendent largement d'éléments de preuve scientifiques –, mais elle présente ses vues sur certaines des allégations juridiques formulées par les parties au différend. Tout d'abord, la Colombie abordera la question de la similarité au titre de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* ("Accord OTC") et du GATT. Elle formulera ensuite des observations sur la prescription relative à la *nécessité* énoncée à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Après cela, elle présentera son évaluation du critère juridique d'interprétation au titre de l'article XX b) du GATT de 1994. Enfin, la Colombie formulera quelques observations concernant le traitement spécial et différencié prévu par l'article 12 de l'Accord OTC.

II. TRAITEMENT PLUS FAVORABLE ACCORDÉ À CERTAINES CIGARETTES PRODUITES OU VENDUES AUX ÉTATS-UNIS PAR RAPPORT AUX CIGARETTES IMPORTÉES D'INDONÉSIE

3. L'Indonésie allègue que l'article 101 b) de la *Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial* (la "Règle spéciale") accorde aux cigarettes aux clous de girofle importées un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires nationales, tant au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC qu'au titre de l'article III:4 du GATT de 1994.¹ En réponse, les États-Unis allèguent que l'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombait de prouver que les cigarettes aux clous de girofle étaient des produits similaires aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées et que la Règle spéciale accordait un traitement moins favorable aux cigarettes aux clous de girofle par rapport aux cigarettes au tabac ou aux cigarettes mentholées sur la base de leur origine nationale.²

4. La Colombie indique qu'afin de déterminer si les cigarettes aux clous de girofle sont des produits similaires aux cigarettes mentholées et aux cigarettes au tabac, il faut accorder une attention spéciale aux goûts et habitudes des consommateurs, comme l'a fait le Groupe spécial chargé de l'affaire *Indonésie – Automobiles*, dans laquelle un équilibre a été établi dans la reconnaissance de certains véhicules comme étant ou non similaires. Dans cette affaire, le Groupe spécial a été d'avis que: "même s'il [pouvait] exister une préférence des consommateurs pour telle ou telle marque, il [était] généralement admis que les produits concernés eux-mêmes appart[enaient] à la même catégorie "berline".³

5. De plus, la Colombie estime que même si les États-Unis sont d'avis que pour constituer une infraction à l'article III:4, la discrimination doit être basée sur l'origine des cigarettes, on ne voit pas très bien quelle est la source juridique imposant de respecter cette prescription. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a émis l'avis suivant: "Pour qu'il y ait violation de l'article III:4, trois éléments doivent être réunis: les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des "produits similaires"; la mesure en cause doit être "une loi, un

¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 36 à 72.

² Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 196 à 198.

³ Rapport du Groupe spécial *Indonésie – Automobiles*, paragraphe 5.8.

règlement ou une prescription affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation de ces produits sur le marché intérieur"; et les produits importés doivent être soumis à un traitement "moins favorable" que celui accordé aux produits nationaux similaires. Seul le dernier élément – traitement "moins favorable" – est contesté par les parties et est en cause dans le présent appel."⁴

6. Dans ce contexte, le Groupe spécial pourrait profiter de l'occasion pour préciser dans quelle mesure le plaignant qui allègue une infraction à l'article III:4 du GATT de 1994 doit prouver que la mesure en cause est une discrimination basée sur l'origine des cigarettes, à titre de prescription venant s'ajouter à celles que l'Organe d'appel a établies dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*.

III. CRITÈRE DE LA NÉCESSITÉ AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

7. L'Indonésie allègue que la Règle spéciale est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est *nécessaire* pour réaliser l'objectif légitime, compte tenu du risque que la non-réalisation entraînerait. Les États-Unis répondent en faisant valoir que la Règle spéciale n'est pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire conformément à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

8. La Colombie estime que l'article 2.2 de l'Accord OTC prescrit un critère concernant la *nécessité* de la mesure en fonction de son caractère restrictif pour le commerce, qui devrait être soupesée compte tenu du risque que la non-réalisation entraînerait. Ainsi, afin de constater qu'il y a infraction à l'article 2.2, le Groupe spécial devrait déterminer que la mesure en cause est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est *nécessaire* pour réaliser l'objectif légitime; et que le non-respect d'une telle mesure ne comporte pas de risque pour la protection de l'objectif légitime recherché.

9. La Colombie considère que pour interpréter le critère de la *nécessité*, on peut s'appuyer sur le critère de la *nécessité* utilisé par plusieurs groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans des affaires concernant l'application de l'article XX b) et XX d) du GATT⁵, en suivant également des règles d'interprétation fondamentales telles que l'analogie. De plus, la Colombie appelle l'attention du Groupe spécial sur le rôle crucial d'un critère de la *nécessité* pour l'évaluation du caractère restrictif d'une mesure et des objectifs de politique poursuivis par les Membres au moyen de leurs règlements nationaux.

10. Ainsi, la Colombie estime que ce type de critère peut fournir des éléments clairs pour l'analyse de la compatibilité de mesures nationales avec diverses dispositions des accords visés de l'OMC, telles que l'article 2.2 de l'Accord OTC. En ce sens, et comme le propose la partie plaignante, le Groupe spécial pourrait utiliser l'approche des *mesures de rechange raisonnablement disponibles* en tant qu'élément du critère de la *nécessité* prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

11. Par conséquent, la Colombie a l'honneur de demander au Groupe spécial de clarifier le critère de la *nécessité* pour que les Membres puissent appliquer correctement l'article 2.2 de l'Accord OTC.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, paragraphe 133.

⁵ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*; rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*; rapport de l'Organe d'appel *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*.

IV. JUSTIFICATION D'UNE MESURE AU REGARD DE L'ARTICLE XX B) DU GATT

12. L'Indonésie affirme que l'interdiction établie dans la Règle spéciale n'est pas justifiable au regard de l'exception prévue à l'article XX b) du GATT de 1994, parce qu'elle n'est pas nécessaire pour protéger les jeunes du tabagisme. Au contraire, les États-Unis estiment que l'exception prévue à l'article XX b) est bien d'application.

13. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*⁶, le Groupe spécial a indiqué que l'analyse visant à justifier l'application de l'article XX b) appelait un critère en trois volets: i) "la politique dans laquelle s'inscrivaient les mesures pour lesquelles la disposition était invoquée entraient dans la catégorie des politiques destinées à protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou à préserver les végétaux"; ii) "les mesures incompatibles pour lesquelles l'exception était invoquée étaient nécessaires pour atteindre l'objectif de ladite politique"; et iii) "les mesures étaient appliquées en conformité avec les prescriptions du paragraphe introductif de l'article XX".

14. En ce qui concerne, le premier élément du critère, le Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*⁷ a reconnu que "l'usage du tabac constituait un risque sérieux pour la santé des personnes et qu'en conséquence, les mesures destinées à réduire la consommation de cigarettes entraient dans le champ d'application de l'article XX b)". Par conséquent, comme l'Indonésie l'affirme, il est indiscutable que la Règle spéciale *entre dans la catégorie des mesures visant à protéger la santé des personnes*.

15. S'agissant de la prescription relative à la *nécessité*, le Groupe spécial *Thaïlande – Cigarettes*⁸ a conclu qu'une mesure n'était *nécessaire* que quand: i) il n'y avait pas de mesures de rechange compatibles, ou moins incompatibles, avec le GATT; et ii) les Membres pouvaient raisonnablement être censés employer cette sorte de mesures pour réaliser l'objectif de santé publique recherché. Comme l'Organe d'appel l'a dit dans l'affaire *CE – Amiante*⁹, une mesure serait réputée nécessaire au titre de l'article XX b) du GATT s'il n'y avait pas de mesure de rechange raisonnable plus compatible avec le GATT que le Membre mettant en œuvre la mesure ne pouvait appliquer. Dans cette affaire, l'Organe d'appel a également précisé que la mesure de rechange devait être *moins restrictive pour le commerce* que la mesure en cause.

16. Par conséquent, la Colombie estime que la question à laquelle le Groupe spécial doit encore répondre est celle de savoir s'il existe une mesure de rechange: i) qui réaliserait le même objectif de politique, c'est-à-dire empêcher que les personnes n'ayant pas l'âge légal fument des cigarettes; et ii) qui est moins restrictive pour le commerce que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle qui a été adoptée.

17. Si le Groupe spécial constate que l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis entre dans le champ d'application de l'article XX b) du GATT de 1994, il devrait aussi analyser ces restrictions au regard du texte introductif de l'article XX du GATT de 1994.^{10,11}

18. Dans l'affaire *États-Unis – Essence*, l'Organe d'appel a indiqué que "[l]'élément fondamental – lors d'une interprétation du texte introductif – se trouv[ait] dans le but et l'objet, qui [étaient] d'éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions aux règles de fond prévues à l'article XX".¹² En

⁶ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Essence*, paragraphe 6.20.

⁷ Rapport du Groupe spécial du GATT *Thaïlande – Cigarettes*, paragraphe 73.

⁸ *Ibid.*, paragraphe 75.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 172.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Crevettes*, paragraphe 157. Dans *États-Unis – Crevettes* (article 21:5 – *Malaisie*).

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

d'autres termes, la tâche du Groupe spécial en la matière est de localiser et circonscrire le point d'équilibre entre les droits des États-Unis, qui invoquent l'exception, et ceux de l'Indonésie.

19. Ainsi, la question pertinente pour le Groupe spécial consiste à déterminer si les importations en provenance d'Indonésie sont soumises à un traitement discriminatoire et si ce traitement qui se manifeste dans l'application de la mesure des États-Unis est "injustifiable" ou "arbitraire" entre des pays où les mêmes conditions existent.¹³ En se fondant sur certaines affaires soumises à l'OMC^{14,15}, la Colombie souligne que le critère ne consiste pas à déterminer si cette discrimination est considérée comme *justifiée*, mais seulement si elle est *justifiable* en ce sens qu'elle est *défendable ou qu'il peut être montré qu'elle est raisonnable et juste*.

20. Outre la "discrimination arbitraire ou injustifiable", le texte introductif dispose également que la mesure justifiée provisoirement au regard, par exemple, de l'alinéa XX b), ne doit pas être appliquée de façon à constituer une "restriction déguisée au commerce international". La Colombie note que le texte introductif ne concerne pas le fond de la mesure, mais plutôt la manière dont cette mesure est appliquée.¹⁶ Cela signifie que la question est de savoir non pas si la mesure des États-Unis a un effet restrictif sur le commerce, mais plutôt si elle est appliquée de façon à constituer une restriction déguisée au commerce international.

21. En résumé, la Colombie estime que cette prohibition des "restrictions déguisées" énoncée dans le texte introductif vise vraiment, comme l'a dit l'Organe d'appel¹⁷, à "éviter l'abus ou l'utilisation illégitime des exceptions".¹⁸

V. OBLIGATIONS DES MEMBRES EN MATIÈRE DE TRAITEMENT SPÉCIAL ET DIFFÉRENCIÉ, CONFORMÉMENT À L'ARTICLE 12 DE L'ACCORD OTC

22. L'Indonésie affirme que la Règle spéciale est contraire aux obligations des États-Unis au titre de l'article 12 de l'Accord OTC, car elle n'a pas dûment tenu compte des conditions spéciales de l'Indonésie en tant que pays en développement. En réponse, les États-Unis affirment que l'Indonésie n'a pas satisfait au critère de l'incompatibilité avec l'article 12.3 de l'Accord OTC.

23. À cet égard, la Colombie estime que l'article 12.3 de l'Accord OTC devrait être lu à la lumière des dispositions de l'article 12.2 de l'Accord OTC.¹⁹ De plus, il semble clair pour la Colombie qu'en dépit de la règle générale relative à la charge de la preuve énoncée dans l'affaire *États-Unis – Chemises et blouses de laine*²⁰, dans laquelle il a été dit qu'il incombait à la partie qui affirmait un fait d'en apporter la preuve, il est également évident que chaque fois qu'une partie présente des éléments de preuve qui établissent une présomption convaincante de la véracité de l'affirmation faite, la charge de la preuve est déplacée vers l'autre partie.

24. La Colombie estime que le Groupe spécial devrait déterminer si l'Indonésie a établi une présomption convaincante d'une violation des obligations contractées par les États-Unis au titre de l'article 12 de l'Accord OTC. Si le Groupe spécial est en mesure de constater que l'Indonésie a établi

¹³ Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *CE – Amiante*, "[s]'il est déterminé que l'application de la mesure est discriminatoire, il reste encore à voir si elle est arbitraire et/ou injustifiable entre pays où les mêmes conditions existent". Rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphe 8.226.

¹⁴ Rapport du Groupe spécial *États-Unis – Crevettes (article 21:5 – Malaisie)*, paragraphe 5.124.

¹⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Brésil – Pneumatiques rechapés*, paragraphe 225.

¹⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 25. (note de bas de page de l'original omise)

¹⁷ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

¹⁸ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Essence*, page 28.

¹⁹ Rapport du Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 74.7, alinéa 77.

²⁰ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Chemises et blouses de laine*, page 15.

une présomption convaincante de violation de l'article 12, alors il sera possible de déplacer la charge de la preuve vers les États-Unis. Malgré ce qui a été mentionné ci-dessus, la Colombie estime qu'il est également important de garder à l'esprit que les obligations des États Membres au titre de l'article 12.3 de l'Accord OTC ne sont vérifiables qu'au moyen des renseignements à la disposition du Membre tenu de se conformer à cette disposition.

25. Enfin, la Colombie demande au Groupe spécial de mettre en application la règle concernant l'étendue du traitement spécial et différencié, conformément à l'Accord OTC.

26. Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial, la Colombie espère contribuer au débat juridique entre les parties à la présente affaire et souhaiterait de nouveau exprimer ses remerciements pour l'occasion qui lui a été donnée d'exposer ses vues concernant l'application des articles 2.1, 2.2, 12.1 et 12.3 de l'Accord OTC, ainsi que de l'article III:4 du GATT de 1994. Nous vous remercions de votre attention et demeurons à votre disposition pour toute question que vous souhaiteriez nous poser.

ANNEXE B-4

**RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION EN TANT QUE TIERCE
PARTIE ET DE LA DÉCLARATION ORALE DE L'UNION EUROPÉENNE**

**I. EXPRESSION "PRODUITS SIMILAIRES" FIGURANT À L'ARTICLE 2.1 DE
L'ACCORD OTC**

1. Les parties sont en désaccord sur la question de savoir si l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC doit être interprétée comme celle qui figure à l'article III:4 du GATT de 1994 ou s'il existe des différences textuelles ou contextuelles pertinentes.

2. Selon l'Union européenne, plusieurs arguments indiquent que, pour interpréter et appliquer l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC, il pourrait être approprié de tenir compte de la manière dont l'expression "produits similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 a été interprétée et appliquée.¹ Les termes conventionnels sont évidemment les mêmes. En outre, le GATT de 1994 et l'Accord OTC servent chacun de contexte pour l'interprétation de l'autre. Enfin, le deuxième considérant de l'Accord OTC fait mention du désir de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994. De l'avis de l'Union européenne, toutefois, une différence contextuelle pouvant être pertinente est le fait que les incompatibilités avec l'article III:4 du GATT de 1994 peuvent être justifiées au regard de l'article XX du GATT de 1994, tandis que l'applicabilité de l'article XX à des allégations ne relevant pas du GATT de 1994, y compris des allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, demeure mal définie. S'il était constaté que l'article XX ne s'applique pas en dehors du GATT de 1994, l'obligation relative au traitement national énoncée à l'article 2.1 de l'Accord OTC risquerait d'être plus stricte que celle énoncée à l'article III:4 du GATT de 1994. Une manière d'atténuer cette disparité pourrait éventuellement consister à interpréter plus étroitement l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

**II. CONCEPT DE "TRAITEMENT MOINS FAVORABLE *DE FACTO*" FIGURANT À
L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC ET À L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994**

3. S'agissant des allégations de l'Indonésie concernant un "traitement moins favorable *de facto*" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, l'Union européenne fait observer que l'Organe d'appel n'a pas encore clarifié totalement ce concept juridique. En l'absence d'indication claire, les groupes spéciaux ne devraient pas présumer à la légère que toute mesure nationale pouvant avoir une incidence sur la quantité de produits importés en provenance d'un autre Membre de l'OMC devrait nécessairement constituer un "traitement moins favorable" *de facto* de ces produits importés.² La diversité des réglementations des Membres, que ni le GATT de 1994 ni l'Accord OTC ne visent à éliminer, peut désorganiser les courants d'échanges existants mais elle ne signifie pas nécessairement que les importations sont traitées moins favorablement. Les groupes spéciaux doivent plutôt évaluer si cet effet préjudiciable sur un produit importé donné est le résultat de facteurs ou circonstances sans rapport avec l'origine étrangère du produit.³ Par conséquent, le fait que les exportations indonésiennes de cigarettes aux clous de girofle vers les États-Unis ont chuté après l'entrée en vigueur de la mesure des États-Unis n'est pas suffisant, en soi, pour démontrer l'existence d'un traitement moins favorable *de facto*. Le Groupe spécial devrait examiner d'autres facteurs, tels que la mesure dans laquelle les cigarettes aromatisées interdites étaient produites aux États-Unis lorsque ces derniers ont adopté la mesure ou la question de savoir si le traitement différent

¹ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 101 à 103.

² Voir le rapport de l'Organe d'appel *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, paragraphe 96.

³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques*, paragraphe 7.2514.

des cigarettes aromatisées, y compris les cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et des cigarettes au tabac ordinaires et des cigarettes mentholées, d'autre part, peut s'expliquer par d'autres raisons que l'octroi d'une protection à la branche de production des cigarettes des États-Unis.

III. PERTINENCE DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994 POUR L'INTERPRÉTATION DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

4. Les parties et certaines tierces parties sont en désaccord sur la question de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 éclaire l'interprétation de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

5. Selon l'Union européenne, la pertinence du GATT de 1994 pour l'interprétation de l'Accord OTC ressort d'abord du deuxième considérant du préambule, qui fait mention du désir de favoriser la réalisation des objectifs du GATT de 1994.

6. Deuxièmement, faire abstraction de leurs similitudes avec le texte et le but de l'article XX du GATT de 1994 irait à l'encontre du texte et du but de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Il apparaît que les similitudes profondes entre les textes – de l'article XX du GATT de 1994, et de son alinéa b) d'une part, et de l'article 2.2 et du préambule de l'Accord OTC d'autre part – indiquent une forte corrélation quant au sens que les deux dispositions sont censées avoir. Les rédacteurs avaient manifestement l'article XX du GATT de 1994 à l'esprit lorsqu'ils ont rédigé le texte de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, les deux dispositions semblent chacune poursuivre des buts semblables. Les deux dispositions autorisent les Membres de l'OMC à mettre en place des mesures qui restreignent le commerce (qu'il s'agisse de règlements techniques ou d'autres mesures jugées incompatibles avec les règles du GATT) pour autant qu'elles i) poursuivent un objectif légitime, ii) soient nécessaires pour la réalisation ou la protection de cet objectif, et iii) ne soient pas plus restrictives pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser ou protéger cet objectif – en d'autres termes, il ne doit pas exister d'autres mesures de rechange applicables, moins restrictives pour le commerce, qui apporterait une contribution équivalente à la réalisation de l'objectif poursuivi. S'agissant de ce dernier point, les deux dispositions visent à faire en sorte que la mesure prise soit *proportionnée* à l'objectif poursuivi. L'Organe d'appel a été d'avis que des "similitudes textuelles" et des "buts semblables" pouvaient rendre la jurisprudence relative à une disposition pertinente et utile pour l'interprétation d'une autre disposition.⁴

7. L'Union européenne ne voit pas comment la différence "fonctionnelle" entre les deux dispositions – l'article XX du GATT de 1994 constituant une exception et l'article 2.2 de l'Accord OTC une prohibition – pourrait être pertinente pour la question de savoir si la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est pertinente. Cette différence concerne la charge de la preuve entre les parties, mais pas le sens des termes d'une disposition.⁵

8. D'un point de vue systémique, l'Union européenne pense qu'il est important que les accords visés soient interprétés soigneusement et de manière cohérente compte dûment tenu de toutes les dispositions connexes, afin qu'une harmonie soit établie entre les accords, et entre les droits et obligations qui y figurent. À titre d'exemple, le critère ne devrait pas être plus ou moins rigoureux – pour les règlements techniques par rapport à d'autres mesures qui relèveraient du GATT de 1994 – lorsqu'il s'agit de démontrer la nécessité d'une mesure prise pour la réalisation d'un objectif légitime.

9. Par conséquent, il est approprié de s'inspirer de raisonnements bien établis élaborés dans le cadre de l'article XX b) du GATT de 1994 lors d'une analyse au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphe 291; voir aussi le rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 231.

⁵ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Préférences tarifaires*, paragraphe 98.

IV. CONSIDÉRATIONS ADDITIONNELLES CONCERNANT LE CRITÈRE JURIDIQUE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

10. C'est à l'Indonésie, en tant que partie établissant, par voie d'affirmation, une allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, qu'incombe la charge d'établir des éléments *prima facie* en fournissant des éléments de preuve et arguments suffisants pour démontrer une incompatibilité avec chaque élément.⁶ La position de l'Union européenne, selon laquelle la jurisprudence relative à l'article XX du GATT de 1994 est pertinente pour une analyse au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC, a une incidence sur certains aspects du critère juridique approprié qu'il faut appliquer.

11. En premier lieu, et s'agissant de l'objectif légitime poursuivi par la mesure, l'Union européenne pense que les groupes spéciaux devraient faire preuve de modération en ce qui concerne la question de savoir si l'objectif est bien celui qu'indique la partie défenderesse et s'il est légitime au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Nous n'estimons pas qu'il soit nécessaire de débattre du degré de latitude réglementaire accordé par l'Accord OTC et il apparaît clairement aux fins du règlement du présent différend que l'objectif de protection de la santé publique est légitime, indépendamment du niveau de protection approprié qui a été établi.

12. La deuxième question, plus importante, à laquelle un groupe spécial doit répondre est celle de savoir si la mesure est ou non "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif légitime". Pour qu'un groupe spécial puisse examiner cette question, le plaignant devra essentiellement présenter des éléments de preuve et arguments suffisants pour montrer qu'il existe d'autres mesures moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement applicables par le Membre défendeur et qui réalisent de la même manière l'objectif légitime. Une démonstration réussie conduirait le groupe spécial à conclure que la mesure en cause est plus restrictive pour le commerce qu'elle doit l'être pour réaliser son objectif, et qu'elle constitue donc un obstacle non nécessaire au commerce. Les diverses dimensions de cette analyse sont très semblables sinon identiques à celles qui font partie d'une "analyse de la nécessité" au titre de l'article XX.

13. Pour confirmer encore ce qui précède, il est utile d'examiner le critère énoncé par l'Organe d'appel dans l'affaire *Australie – Saumons* en ce qui concerne l'article 5:6 de l'Accord SPS, sur lequel les États-Unis souhaitent s'appuyer dans le présent différend. Il ne fait aucun doute que le rôle joué par l'article 5:6 de l'Accord SPS dans le fonctionnement de l'Accord est semblable à celui de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Toutefois, l'Union européenne hésite à lui accorder trop de poids pour cette seule raison.

14. À cet égard, l'Union européenne tient à indiquer, premièrement, que l'objectif légitime pertinent qu'il faut protéger au moyen de mesures SPS – la santé des personnes – revêt une grande importance pour les Membres de l'OMC. En conséquence, il faut faire preuve d'une plus grande déférence à l'égard des autorités réglementaires et une lourde charge est imposée aux plaignants qui contestent de telles mesures. Cela est démontré par les termes plus spécifiques et plus contraignants qui sont employés à l'article 5.6 de l'Accord SPS par rapport à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Ce qui nous amène à notre deuxième point: les termes employés dans chaque disposition sont très différents, et les termes spécifiques invoqués dans l'affaire *Australie – Saumons*, qui sont présents dans l'Accord SPS, ne le sont pas ici. L'article 5:6 de l'Accord SPS impose une charge beaucoup plus lourde aux plaignants en raison de ces termes. En particulier, s'agissant de l'analyse des mesures de rechange, la note de clarification en bas de page dispose que seules les mesures qui sont "sensiblement moins restrictives pour le commerce" et "techniquement et économiquement faisables", seront réputées être raisonnablement applicables.

15. Pour sa part, l'article 2.2 de l'Accord OTC dispose simplement que les règlements techniques ne devraient pas créer "des obstacles non nécessaires au commerce international" ni être "plus

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – Jeux*, paragraphes 138 à 140.

restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime". Ces termes sont très semblables à ceux qui figurent à l'article XX du GATT de 1994 – et qui ont déjà été interprétés. Au vu de ces différences, l'Union européenne n'estime pas qu'il soit approprié d'importer le critère énoncé dans l'affaire *Australie – Saumons* dans la présente affaire afin de résoudre la question d'interprétation relative à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

ANNEXE B-5

**DÉCLARATION ORALE DU GUATEMALA À LA
PREMIÈRE RÉUNION DE FOND**

1. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, délégations représentant les parties et les tierces parties, personnel du Secrétariat de l'OMC, bon après-midi. Au nom de la délégation du Guatemala, je tiens à exprimer nos remerciements pour l'occasion qui nous est donnée d'exposer nos vues sur les questions en cause.
2. Le Guatemala a un intérêt systémique dans l'interprétation juridique de plusieurs dispositions de l'Accord OTC et du GATT de 1994.
3. Par conséquent, le Guatemala ne donnera pas son point de vue sur l'objectif légitime allégué des États-Unis et les intérêts commerciaux de l'Indonésie qui ont motivé le présent différend.
4. En particulier, le Guatemala ne formulera pas d'observation au sujet des avantages ou inconvénients de l'interdiction des cigarettes ayant un arôme caractérisant pour ce qui est de la réduction du nombre de jeunes fumeurs.
5. Le Guatemala souhaiterait plutôt donner son point de vue sur la définition de l'expression "produits similaires" et la relation entre l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994.
6. Cela étant dit, le Guatemala observe que la mesure en cause interdit la production ou la vente de cigarettes dites "aromatisées", à l'exception des cigarettes mentholées. L'objectif légitime allégué de la mesure, selon les États-Unis, est de protéger la santé publique en prohibant les produits qui servent de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs.¹
7. En outre, les États-Unis estiment qu'il existe des éléments de preuve indiquant que les cigarettes aromatisées – à l'exception des cigarettes mentholées – sont consommées de manière disproportionnée par les jeunes fumeurs débutants (aussi bien les mineurs que les jeunes adultes), plutôt que par les fumeurs adultes plus âgés et déjà dépendants.²
8. L'Indonésie affirme qu'elle s'oppose à cette mesure parce qu'elle impose une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle, alors que presque aucune, voire aucune, restriction ne frappe les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées. Les arguments présentés par l'Indonésie concernent toutes les cigarettes produites aux États-Unis, en particulier les cigarettes mentholées. Selon l'Indonésie, les cigarettes au tabac, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle sont des produits similaires.³
9. Toutefois, les États-Unis font valoir que les cigarettes et les cigarettes mentholées sont différentes des cigarettes aux clous de girofle parce qu'elles ont une composition physique et des utilisations finales différentes et qu'elles répondent à des goûts et habitudes des consommateurs différents.⁴
10. L'article 2.1 de l'Accord OTC est une "disposition relative à la non-discrimination". Il prévoit l'obligation de faire en sorte, "pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que

¹ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphes 1 à 3.

² Résumé analytique de la première communication écrite des États-Unis, paragraphe 23.

³ Première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 6.

⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphes 154 à 189.

celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays".

11. Dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*, l'Organe d'appel a dit ce qui suit: "Le concept de la "similarité" a un caractère relatif qui évoque l'image d'un accordéon. L'accordéon de la "similarité" s'étire et se resserre en des points différents au gré des différentes dispositions de l'*Accord sur l'OMC* qui sont appliquées. L'étirement de l'accordéon en l'un quelconque de ces points doit être déterminé par la disposition particulière dans laquelle le terme "similaire" se trouve, ainsi que par le contexte et les circonstances propres à un cas donné auquel cette disposition peut être applicable."⁵

12. Au vu de ce qui précède, le Guatemala est d'avis que lorsqu'ils analysent le concept de "similarité", les groupes spéciaux devraient aussi tenir compte du "contexte et [des] circonstances propres à un cas donné auquel cette disposition peut être applicable".

13. Dans le présent différend, le Guatemala estime que le Groupe spécial devrait lier le concept de "similarité" au *contexte* d'un règlement technique; en particulier, aux *circonstances* entourant le règlement technique en cause.

14. Le Guatemala croit comprendre que les États-Unis interdisent au moyen d'un règlement technique, certains types de cigarettes, parce qu'elles servent de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs. Par conséquent, le Guatemala est d'avis que, lors de son analyse du concept de "similarité" dans le présent différend, le Groupe spécial devrait également déterminer si d'autres cigarettes non incluses dans la prohibition pourraient servir de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs. En particulier, le Groupe spécial voudra peut-être examiner si le seul type de cigarettes aromatisées non inclus dans la prohibition pourrait, à terme, prendre la place de toutes les autres cigarettes aromatisées prohibées et servir de cigarettes "de débutant" ou "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs.

15. Selon le Guatemala, cette analyse serait compatible avec: i) le contexte de l'Accord OTC (c'est-à-dire la non-discrimination et le fait que les règlements techniques ne doivent pas être plus restrictifs pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime); et ii) les circonstances spécifiques de la présente affaire (c'est-à-dire la poursuite des objectifs légitimes décidés librement par les États-Unis).

16. Permettez-moi maintenant de passer aux observations du Guatemala concernant la relation entre l'Accord OTC et l'article XX du GATT de 1994.

17. Le préambule de l'Accord OTC reconnaît que "rien ne saurait empêcher un pays de prendre les mesures nécessaires pour assurer la qualité de ses exportations, ou nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux, à la préservation des végétaux, à la protection de l'environnement, ou à la prévention de pratiques de nature à induire en erreur, aux niveaux qu'il considère appropriés, sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international, et qu'elles soient par ailleurs conformes aux dispositions du présent accord".

18. L'article 2 de l'Accord OTC précise certaines obligations concernant l'élaboration, l'adoption et l'application de règlements techniques. À titre d'exemple, l'obligation de non-discrimination (article 2.1); l'obligation voulant que l'élaboration, l'adoption ou l'application des règlements techniques n'aient ni pour objet ni pour effet de créer des obstacles non nécessaires au commerce international (article 2.2); l'obligation voulant que les règlements techniques ne soient pas maintenus si les

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 24.

circonstances ou les objectifs qui ont conduit à leur adoption ont cessé d'exister ou s'il est possible d'y répondre d'une manière moins restrictive pour le commerce (article 2.3); etc.

19. D'autre part, le texte introductif de l'article XX du GATT de 1994 prescrit qu'une mesure justifiée au regard de l'un quelconque des points de cette disposition "ne soi[t] pas appliqué[] de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international". Ce libellé est semblable à celui qui est employé dans le préambule de l'Accord OTC, bien que l'article 2.1 de l'Accord OTC énonce une obligation inconditionnelle de non-discrimination.

20. Compte tenu de ce qui précède, on ne voit pas très bien quand on pourrait invoquer l'article XX du GATT de 1994 pour justifier une exception à l'application de l'Accord OTC en ce qui concerne un règlement technique. Le Guatemala est d'avis que l'Accord OTC contient des règles spécifiques régissant l'adoption d'obstacles au commerce et prévoit des critères de nécessité spécifiques. Selon le Guatemala, la seule possibilité envisageable, à ce stade, serait l'application de l'article XX du GATT de 1994 pour justifier une exception à l'article 2.1 de l'Accord OTC, en d'autres termes, une discrimination entre des pays où les mêmes conditions existent, si une telle discrimination n'est pas arbitraire ou injustifiable, bien entendu.

21. Cela étant dit, le Guatemala ne veut pas, d'une manière générale, exclure ni préjuger l'applicabilité de l'article XX du GATT de 1994 en ce qui concerne les règlements techniques. L'intention du Guatemala est simplement d'appeler votre attention sur les difficultés qu'entraînerait l'application d'une exemption au titre de l'article XX en ce qui concerne un règlement technique. Si le Groupe spécial devait décider que l'article XX b) s'applique aux faits de la cause en l'espèce, le Guatemala propose qu'il interprète cette disposition de manière étroite.

22. Monsieur le Président, Messieurs les membres du Groupe spécial, nous vous souhaitons de mener à bien avec succès la tâche qui vous incombe.

ANNEXE B-6

DÉCLARATION ORALE DU MEXIQUE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND*

I. INTRODUCTION

1. C'est un honneur pour moi de me présenter devant vous aujourd'hui, au nom de la délégation mexicaine, pour exposer les vues du Mexique dans le présent différend.

2. Le Mexique a exprimé son intention de participer en tant que tierce partie à la présente procédure parce que celle-ci porte sur des questions systémiques importantes concernant l'interprétation de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce (l'Accord OTC) et de certaines dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994 (le GATT de 1994). Par ailleurs, le présent différend présente un intérêt particulier pour nous parce que le Mexique participe actuellement en tant que plaignant à deux affaires soumises à l'OMC qui portent sur l'interprétation des mêmes dispositions, à savoir l'article III:4 du GATT de 1994 et l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC. Par conséquent, le Mexique est reconnaissant de l'occasion qui lui est donnée d'exposer ses vues sur certaines des questions soulevées dans la présente procédure.

3. Nous reconnaissons que les règles de l'OMC n'interdisent pas aux Membres de prendre des mesures nécessaires pour protéger la santé et la vie des personnes et des animaux ou préserver les végétaux à condition qu'elles ne constituent pas un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable ou une restriction déguisée au commerce international. En outre, les règles de l'OMC permettent l'introduction de règlements techniques pour autant qu'ils ne constituent pas un obstacle non nécessaire au commerce international.

4. Dans sa déclaration orale, le Mexique traitera de trois aspects importants du présent différend: i) l'analyse de la similarité des produits dans le cadre des arguments concernant la discrimination au titre de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'Accord OTC; ii) le traitement moins favorable aux fins de ces articles; et iii) certaines questions relatives à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

II. ANALYSE

A. DISCRIMINATION AU TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994 ET DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

1. Similarité des produits

5. L'article III:4 du GATT et l'article 2.1 de l'Accord OTC interdisent aux Membres de l'OMC d'introduire des mesures qui accordent aux produits importés en provenance de tout Membre un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale.

6. Le Mexique estime que l'analyse de la question de savoir si des produits importés et des produits nationaux sont des "produits similaires" au titre desdites dispositions devrait être effectuée au cas par cas¹, et compte tenu des circonstances particulières de chaque différend.

7. Des groupes spéciaux et l'Organe d'appel se sont principalement fondés sur quatre critères pour analyser la "similarité" des produits, créant un cadre qui aide à classer et examiner les diverses qualités et caractéristiques sans que soient pour autant négligés d'autres éléments de preuve, ou tous

* La présente déclaration a été présentée en version originale espagnole.

¹ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 23.

les éléments de preuve, pertinents. Ces quatre critères sont les suivants: i) les propriétés, la nature et la qualité des produits; ii) les utilisateurs finaux des produits; iii) les goûts et habitudes des consommateurs – critère plus complètement appelé perceptions et comportement des consommateurs – en ce qui concerne les produits; et iv) le classement tarifaire des produits.²

8. Dans la présente affaire, bien que le Groupe spécial doive examiner les quatre critères, le Mexique pense qu'il devrait centrer son analyse sur les propriétés, la nature et la qualité des produits, ainsi que sur les goûts et habitudes des consommateurs en ce qui concerne les produits, parce que ce sont les critères au sujet desquels les parties sont en désaccord.

9. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a également dit qu'il "... conv[enait] d'interpréter le terme "similaires" figurant à l'article III:4 comme s'appliquant aux produits entre lesquels exist[ait] un tel rapport de concurrence". L'Organe d'appel a conclu en outre que le champ de l'article III:4, tout en étant plus vaste que "... le champ couvert par la *première* phrase de l'article III:2, n'[était] certainement *pas* plus vaste que le champ *combiné* des produits visés par les *deux* phrases de l'article III:2 du GATT de 1994".³ Ainsi, pour déterminer si les deux produits sont semblables au regard du critère juridique énoncé à l'article III:4 du GATT, le Groupe spécial peut évaluer s'il existe un rapport de concurrence entre les produits en question.

10. Le Mexique n'est pas convaincu par l'argument des États-Unis selon lequel les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas des produits similaires aux cigarettes mentholées et aux cigarettes ordinaires. Nous ne parvenons pas à comprendre quelle différence il peut y avoir – selon l'argument des États-Unis – entre une cigarette ordinaire et une cigarette aux clous de girofle ou entre une cigarette mentholée et une cigarette aux clous de girofle.

11. Il importe que l'interprétation donnée par le Groupe spécial ne donne pas la possibilité d'imposer des mesures restrictives à l'égard d'un produit qui pourrait être considéré comme un produit similaire en établissant une distinction discriminatoire et en favorisant des produits nationaux au détriment de produits étrangers.

2. Traitement moins favorable

12. Le Mexique pense que si le Groupe spécial devait constater que les cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie et les cigarettes mentholées et cigarettes ordinaires d'origine nationale étaient des produits similaires, l'existence d'une prohibition d'un produit et pas des autres constituerait clairement un traitement moins favorable au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT.

13. Le Mexique ne souscrit pas non plus à l'argument des États-Unis selon lequel la mesure est neutre quant à l'origine en ce sens qu'elle interdit tous les arômes caractérisants, que ce soit dans des cigarettes produites dans le pays ou des cigarettes étrangères car, dans les faits, l'importation affecte uniquement les importations et non le produit national. Lorsqu'une mesure affecte des cigarettes importées (c'est-à-dire les prohibe) mais n'a pas le même effet sur les produits nationaux (qui sont exclus de la prohibition) en raison du type de tabac produit aux États-Unis, alors il y a traitement moins favorable.

14. Dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, par exemple, le Groupe spécial a constaté qu'il y avait une discrimination *de facto*. Dans cette affaire, la mesure mexicaine consistait en une taxe de 20 pour cent sur l'utilisation de tout édulcorant autre que le sucre de canne (tel que le

² Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 101 (citant le rapport du Groupe de travail du GATT des *Ajustements fiscaux à la frontière* et le rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*).

³ Voir le rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

sirop de maïs à haute teneur en fructose), une taxe sur la distribution et certaines prescriptions en matière de comptabilité. Le Groupe spécial a confirmé que cela constituait une discrimination à l'encontre des importations, car la majorité des édulcorants produits au Mexique étaient à base de sucre de canne, alors que les importations consistaient presque entièrement en édulcorants à base de sirop de maïs à haute teneur en fructose. Par conséquent, l'imposition par le Mexique d'une taxe de 20 pour cent sur les édulcorants autres que le sucre de canne (autres que son produit national), d'une taxe sur la distribution et de prescriptions différentes en matière de comptabilité revenait, en pratique, à imposer une mesure visant à faire disparaître tous les importateurs d'édulcorants du marché au moyen de l'application d'une taxe plus élevée que celle qui frappait la production nationale.⁴

15. La discrimination possible dans la présente affaire présente des caractéristiques très semblables à la discrimination constatée dans l'affaire susmentionnée car, selon les données présentées par l'Indonésie, la production de cigarettes aromatisées aux États-Unis est négligeable, et, avant leur prohibition, les cigarettes aux clous de girofle étaient principalement importées d'Indonésie⁵, de sorte qu'en raison de cette prohibition, les exportations de l'Indonésie ont été réduites à zéro.⁶

16. Le Mexique reconnaît que les échanges peuvent fluctuer sous l'effet d'une série de mesures et de facteurs. Toutefois, dans le présent différend, le Groupe spécial doit tenir compte des chiffres fournis par l'Indonésie qui montrent qu'avant l'interdiction, 99 pour cent des cigarettes aux clous de girofle commercialisées aux États-Unis provenaient d'Indonésie, et que la mesure n'a pas eu d'effet équivalent sur les cigarettes produites aux États-Unis.

17. Comme nous l'avons vu, une mesure peut avoir des effets négatifs sur le commerce à condition qu'il ne soit pas accordé un traitement moins favorable aux produits étrangers par rapport aux produits nationaux similaires.

B. AUTRES ARGUMENTS AU TITRE DE L'ACCORD OTC

1. Article 2.2 de l'Accord OTC

18. Le Mexique ne comprend pas comment une mesure peut viser à protéger la santé des jeunes si, à supposer que les données fournies par l'Indonésie soient exactes, la majorité des cigarettes consommées par les jeunes sont des cigarettes ordinaires ou mentholées, qui sont exclues de la prohibition.

19. Nous ne voyons pas non plus très bien comment la mesure des États-Unis peut réaliser son objectif légitime si la plupart des jeunes fument d'autres cigarettes que celles qui sont visées par la prohibition.

20. Dans leur première communication écrite, les États-Unis indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont des cigarettes qui sont fumées "de temps en temps"⁷ et que les cigarettes traditionnelles sont consommées quotidiennement. Ne serait-il pas alors plus dangereux pour la santé des jeunes de fumer des cigarettes qui sont consommées quotidiennement (ordinaires et mentholées) que de fumer un autre type de cigarette (c'est-à-dire des cigarettes aux clous de girofle) de temps en temps?

⁴ Voir le rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*. Le Groupe spécial a analysé la taxe sur les boissons sans alcool et la taxe sur la distribution au regard des paragraphes 2 et 4 de l'article III du GATT de 1994, et les prescriptions en matière de comptabilité au regard du paragraphe 4 de l'article III du GATT de 1994.

⁵ Voir la première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 112.

⁶ Voir la première communication écrite de l'Indonésie, paragraphe 29.

⁷ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 172.

21. Par ailleurs, l'Indonésie a pu identifier des mesures moins restrictives qui, selon le Mexique, pourraient concourir à la réalisation de l'objectif des États-Unis.

III. CONCLUSION

22. Le Mexique espère que ses vues seront utiles pour l'évaluation que doit effectuer le Groupe spécial en vue d'interpréter les dispositions pertinentes de l'Accord OTC et du GATT d'une manière harmonieuse, conformément aux objectifs de ces dispositions.

23. Le Mexique demande également au Groupe spécial de tenir compte des précédents établis par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel dans les affaires citées.

24. Enfin, le Mexique aimerait remercier le Groupe spécial de son attention et se fera un plaisir de répondre à toutes questions qu'il pourrait vouloir lui poser.

ANNEXE B-7

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE DE LA NORVÈGE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. La Norvège exposera ses vues sur: i) l'interprétation de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC, et ii) l'existence d'une discrimination "*de facto*" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

2. La Norvège souscrit à l'objectif consistant à réduire le tabagisme chez les jeunes. Toutefois, la présente affaire ne porte pas sur cet objectif *en tant que tel*, mais sur les *moyens* choisis par les États-Unis pour réaliser cet objectif et, en particulier, sur la question de savoir si ces moyens – ainsi que leur conception et leurs effets – sont conformes aux obligations des États-Unis au titre du GATT et de l'Accord OTC.

1. Les quatre critères relatifs à la similarité s'appliquent à l'interprétation de l'expression "produit similaire" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC

3. la Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "Loi"), dans sa "règle spéciale pour les cigarettes", interdit certaines cigarettes dites "aromatisées". L'objectif déclaré de la Loi est de protéger la santé publique, y compris en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes. Toutefois, les États-Unis n'ont pas interdit toutes les cigarettes aromatisées, mais ont exclu les cigarettes mentholées, qui sont produites aux États-Unis et y sont apparemment très populaires auprès des jeunes fumeurs et des fumeurs adultes.

4. Il n'est apparemment pas contesté que la "règle spéciale pour les cigarettes" est un "règlement technique" visé par l'Accord OTC. La question est donc de savoir si la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC parce qu'elle donne lieu à un traitement des cigarettes aux clous de girofle qui est "moins favorable" que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires.

5. L'article 2.1 de l'Accord OTC dispose ce qui suit:

"Les Membres feront en sorte, pour ce qui concerne les règlements techniques, qu'il soit accordé aux produits importés en provenance du territoire de tout Membre un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays."¹

6. La première question qui se pose au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC est celle de savoir si les cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie sont "similaires" aux cigarettes produites aux États-Unis. La Norvège estime que les critères juridiques élaborés au titre de l'article III, y compris l'article III:4, sont très pertinents pour l'interprétation de l'expression "produits similaires" figurant à l'article 2.1 de l'Accord OTC.

7. la Norvège rappelle d'abord que "le "principe général" énoncé à l'article III vise à éviter que les Membres n'appliquent des taxes et des réglementations intérieures d'une façon qui fausse le rapport de concurrence, sur le marché, *entre les produits nationaux et les produits importés considérés*, "de manière à protéger la production nationale"². En d'autres termes, l'obligation relative au traitement national vise à faire en sorte que la réglementation gouvernementale n'intervienne pas dans les choix des consommateurs entre des produits concurrents. À cet égard, l'Organe d'appel a

¹ Non souligné dans l'original.

² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 98. (italique dans l'original)

également indiqué dans ce même appel que "l'expression "produits similaires" se rapport[ait] aux rapports de concurrence entre et parmi les produits ... sur le marché".³

8. La Norvège estime que les quatre critères énoncés par le Groupe de travail des *ajustements fiscaux à la frontière*, qui ont été adoptés par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, fournissent un cadre utile pour l'analyse de la "similarité" de produits particuliers au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, et que le rapport de concurrence entre les produits en question est un facteur important dont le Groupe spécial doit tenir compte.

9. La Norvège note que les États-Unis ne semblent pas contester l'usage de ces critères pour établir la similarité. Ils semblent plutôt faire valoir qu'un règlement technique – même s'il s'applique presque par définition à des produits ou groupes de produits qui sont "similaires" – devrait être considéré comme s'appliquant à des produits distincts en fonction des "fins [réglementaires] du règlement". La Norvège n'est pas d'accord avec les États-Unis à ce sujet. Elle estime que "les fins réglementaires" d'un règlement technique ont trait à la justification de la mesure et n'ont pas pour effet d'"étirer ou resserrer" la détermination relative au produit similaire au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

10. Bien que la Norvège ne prenne pas position sur les faits de la cause, elle souhaite formuler des observations concernant l'évaluation par le Groupe spécial des quatre critères relatifs à la similarité. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a indiqué que la portée du mot "similaires" figurant à l'article III:4 du GATT de 1994 était plus large que celle du mot "similaires" figurant à l'article III:2.⁴ Cela s'explique par le fait que l'article III:2 s'applique à des produits similaires, ainsi qu'à des produits directement concurrents ou directement substituables, tandis que l'article III:4 s'applique uniquement à des produits similaires.⁵ Même si l'Organe d'appel n'a pas déterminé si l'ensemble des produits visés par chaque disposition était identique, il a indiqué que son interprétation empêchait les Membres de recourir à une réglementation fiscale et non fiscale pour protéger des produits nationaux. Selon la Norvège, l'ensemble des produits visés par l'article 2.1 devrait être semblable à l'ensemble des produits visés par l'article III:2 et III:4. Le mot "similaire" devrait donc être interprété d'une manière semblable à celle dont il est interprété à l'article III:4.

11. À cet égard, la Norvège note qu'il est admis que les produits n'ont pas à être identiques pour constituer des produits "similaires" au sens de l'article III:4, tout comme ils n'ont pas à être identiques pour constituer des produits "directement concurrents ou directement substituables" au sens de l'article III:2. En fait, il faut évaluer les éléments de preuve concernant les différents critères relatifs à la similarité dans leur ensemble pour déterminer si les produits sont "similaires".

12. Dans le présent différend, les parties sont en désaccord sur la question de savoir si les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes nationales. À titre d'exemple, les États-Unis ont souligné certaines différences physiques alléguées entre les produits et soutiennent que, comme les produits sont physiquement différents, une charge plus élevée incombe à l'Indonésie. Ils citent l'affaire *CE – Amiante*, dans laquelle l'Organe d'appel a constaté qu'il y avait une "différence physique *très importante*" entre les fibres en cause.⁶

13. La Norvège estime que le Groupe spécial doit évaluer la nature et l'importance des similarités et des différences physiques entre les cigarettes en cause. Il se peut qu'il y ait entre les produits le rapport de concurrence nécessaire pour qu'ils soient visés par l'article III, en dépit de leurs différences physiques.

³ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 99 et 103.

⁴ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 99.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 114.

2. Discrimination "de facto" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC

14. Il appartient au présent Groupe spécial, en se fondant sur les critères susmentionnés, de déterminer si les produits en cause dans le présent différend sont des produits similaires. À supposer qu'ils soient des produits similaires, la question suivante consiste à savoir si les cigarettes indonésiennes aux clous de girofle sont traitées moins favorablement que les cigarettes (y compris celles qui sont aromatisées au menthol) produites aux États-Unis.

15. La Norvège est préoccupée par le critère juridique applicable pour l'évaluation du traitement moins favorable exposé par les États-Unis. Les États-Unis soutiennent ce qui suit:

"Les mesures qui ne traitent pas les produits différemment sur la base de l'origine, et pour lesquelles les effets qui en résultent ne sont pas liés à l'origine du produit, ne sont pas des mesures qui protègent la production nationale."

16. Il apparaît que les États-Unis estiment que, parce qu'elle établit une distinction entre les cigarettes en fonction d'un critère "objectif" qui n'est pas basé sur l'origine, leur mesure est compatible avec les règles de l'OMC. Toutefois, dans un différend concernant une mesure neutre telle qu'elle est libellée, un groupe spécial doit regarder au-delà d'une distinction apparemment objective pour établir s'il existe une discrimination *de facto* contre des marchandises importées.

17. Pour évaluer s'il existe une discrimination *de facto*, des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont examiné la conception, la structure et le fonctionnement de la mesure.⁷ L'Organe d'appel a également dit qu'"[i]l [était] sans intérêt de faire valoir que le protectionnisme n'était pas un *objectif voulu*"; la question porte sur "la manière dont la mesure en question est *appliquée*".⁸ Dans d'autres différends, les groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont constaté qu'il existait une discrimination *de facto* si des produits fabriqués dans le pays étaient généralement soumis à un traitement plus favorable que les produits importés similaires.⁹

18. Les États-Unis invoquent l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*. Dans ce différend, l'examen par l'Organe d'appel de la taxation des boissons alcooliques par le Chili "tend[ait] ... à démontrer que [la mesure] appliquée" protégeait des produits nationaux similaires.¹⁰ Dans ce contexte, l'Organe d'appel a examiné si cette discrimination *de facto* apparente pouvait s'expliquer par d'autres facteurs. Il a constaté que la mesure comportait certaines "anomalies" et que le Chili ne pouvait pas concilier les objectifs déclarés de la mesure et son "application à des fins de protection".¹¹

19. Dans la présente affaire, les parties au différend conviennent que le règlement technique des États-Unis ne prévoit pas *de jure* un traitement différent des produits sur la base de la nationalité. Les parties semblent également convenir que la mesure interdit des cigarettes aromatisées qui, pour la majeure partie, n'étaient pas produites aux États-Unis lorsque l'interdiction a été introduite, alors qu'elle autorise des cigarettes aromatisées au tabac et des cigarettes aromatisées au menthol qui sont produites en grandes quantités aux États-Unis et qui étaient importées en quantités négligeables. D'après ce que la Norvège croit comprendre, une proportion importante des cigarettes produites dans le pays lorsque l'interdiction a été introduite n'a pas été affectée par l'interdiction, tandis qu'une proportion importante du commerce de l'Indonésie avec les États-Unis a été affectée par l'interdiction.

⁷ Voir, par exemple, le rapport de l'Organe d'appel *États-Unis – FSC (article 21:5 – CE)*, paragraphe 215.

⁸ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, page 32.

⁹ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphes 51 à 53; voir aussi, par exemple, le rapport du Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, paragraphes 8.119 à 8.121.

¹⁰ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 66.

¹¹ Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 71.

20. Un effet aussi différent est un facteur important que, de l'avis de la Norvège, le Groupe spécial devrait prendre en compte lorsqu'il examinera si la mesure contestée donne lieu à une discrimination *de facto* au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC.

21. Il apparaît que les États-Unis font valoir qu'ils ont interdit *certaines* cigarettes qui attirent les jeunes fumeurs, mais ne les ont pas *toutes* interdites, parce que cela aurait d'autres effets négatifs sur la santé publique, en particulier une demande élevée d'aide pour arrêter de fumer et une augmentation des ventes sur le marché noir. Les États-Unis ont donc interdit les cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées, mais n'ont pas interdit "*tout type de cigarette privilégiée par une grande partie des fumeurs des États-Unis*", telles que les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes aromatisées au menthol. Cet argument inquiète la Norvège. D'après ce qu'elle croit comprendre, la consommation de *toutes* les cigarettes en cause semble présenter des risques semblables pour la santé publique. En outre, les cigarettes aromatisées au menthol sont parmi les cigarettes les plus populaires auprès des jeunes fumeurs – beaucoup plus que les cigarettes aux clous de girofle. Pourtant, elles sont exclues de l'interdiction.

22. Il apparaît donc que les États-Unis ont adopté une interdiction générale des cigarettes aromatisées; toutefois, ils ont prévu des exceptions pour les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes aromatisées au menthol qui semblent porter atteinte à l'interdiction et à ses objectifs. Par le biais de l'interdiction et des exceptions, les États-Unis semblent avoir choisi des gagnants et des perdants parmi différents types de cigarettes vendues sur leur marché: certaines cigarettes sont interdites pour promouvoir la santé publique et d'autres cigarettes plus populaires sont autorisées, apparemment aussi pour promouvoir la santé publique.

23. La Norvège estime que le Groupe spécial devrait examiner très soigneusement ces apparentes "anomalies"¹² dans la conception, la structure et le fonctionnement d'une mesure pour établir si la combinaison de l'interdiction générale et des exceptions favorise les produits nationaux par rapport aux produits importés.

¹² Rapport de l'Organe d'appel *Chili – Boissons alcooliques*, paragraphe 71.

ANNEXE B-8

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA COMMUNICATION DE LA TURQUIE EN TANT QUE TIERCE PARTIE

I. INTRODUCTION

1. La Turquie remercie le Groupe spécial de lui donner l'occasion de présenter ses vues dans le cadre de la procédure du Groupe spécial. La Turquie entend contribuer à l'analyse du Groupe spécial en évaluant les trois questions suivantes: i) celle de savoir si la mesure en cause est ou non un règlement technique; ii) celle de savoir si la mesure en cause est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime; et iii) celle de savoir si les cigarettes ordinaires, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle sont des produits similaires.

II. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE EN CAUSE EST OU NON UN RÈGLEMENT TECHNIQUE

2. Selon la définition figurant à l'Annexe 1.1 de l'Accord OTC et l'interprétation donnée par l'Organe d'appel¹, a) un règlement technique doit énoncer "les caractéristiques d'un produit"; b) le respect des caractéristiques du produit énoncées dans le règlement doit être obligatoire; et c) le règlement doit être applicable à un produit, ou groupe de produits, identifiable.

3. S'agissant du premier critère, la Turquie croit comprendre, au vu du raisonnement fait par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*, que si une simple interdiction d'importer un produit ne peut pas être considérée comme étant un règlement technique, il se peut fort bien que l'interdiction de l'usage d'un produit dans d'autres produits relève de la définition d'un règlement technique. Le deuxième critère défini à l'Annexe I est que le respect des caractéristiques déclarées du produit qui sont énoncées dans le règlement technique doit être obligatoire. Cela signifie qu'un règlement technique doit réglementer les "caractéristiques" des produits d'une manière contraignante ou obligatoire. Enfin, le dernier critère défini à l'Annexe 1 de l'Accord OTC est que le règlement doit s'appliquer à un produit, ou groupe de produits, spécifique. Par conséquent, si un règlement s'applique à un produit, ou groupe de produits, spécifique déterminable, alors on peut supposer que le troisième critère est rempli.

4. Au vu de ce qui précède, si le Groupe spécial décide que la "règle spéciale pour les cigarettes" énoncée à l'article 101 b) de la FSPTCA constitue un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC, il devrait d'abord évaluer la conformité de la mesure avec les dispositions de l'Accord OTC.²

III. QUESTION DE SAVOIR SI LA MESURE EN CAUSE EST OU NON PLUS RESTRICTIVE POUR LE COMMERCE QU'IL N'EST NÉCESSAIRE POUR RÉALISER UN OBJECTIF LÉGITIME

5. Dans sa communication, l'Indonésie a allégué qu'entre autres choses, l'article 101 b) de la FSPTCA était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. En outre, l'Indonésie fait valoir que l'interdiction prévue par la Règle spéciale ne peut pas être justifiée par l'article XX du GATT.³ La Turquie estime que même s'ils ne sont pas identiques, le "critère de la nécessité" prévu à l'article 2.2 de l'Accord OTC et celui qui est prévu à l'article XX du GATT se ressemblent beaucoup, ainsi qu'il est expliqué ci-dessous.

¹ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphes 67 à 69.

² Rapport de l'Organe d'appel *CE – Bananes III*, paragraphe 204; rapport du Groupe spécial *CE – Amiante*, paragraphes 8.15 à 8.17; rapport du Groupe spécial *CE – Sardines*, paragraphes 7.14 à 7.19.

³ Première communication écrite de l'Indonésie, page 34.

6. Dans le cadre de l'OMC, l'Accord OTC vise à faire en sorte que les règlements techniques ne constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce international, tout en reconnaissant le droit des Membres de prendre des mesures réglementaires pour réaliser leurs objectifs légitimes. Pour sa part, l'article 2.2 de l'Accord OTC définit les conditions qu'un règlement technique doit remplir afin de répondre à l'objectif de l'Accord.

7. En vertu de l'article 2.2 de l'Accord OTC, un règlement technique ne peut pas être considéré comme étant une mesure compatible avec l'Accord OTC s'il crée des obstacles non nécessaires au commerce international. L'Accord OTC explique que les obstacles non nécessaires au commerce peuvent résulter d'un règlement qui est plus restrictif qu'il n'est *nécessaire* pour réaliser un objectif de politique donné, par exemple la sécurité nationale, la protection de la santé ou de la sécurité des personnes, de la vie ou de la santé des animaux, la préservation des végétaux ou la protection de l'environnement, ou d'un règlement qui ne réalise pas un objectif légitime.

8. La Turquie estime que l'examen de la compatibilité qui devrait être effectué au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC est très semblable à celui qui doit être effectué au titre de l'article XX b) et du paragraphe introductif de l'article XX.

9. La Turquie souhaiterait indiquer que, comme l'a souligné l'Organe d'appel, conformément à l'article II:2 de l'Accord sur l'OMC, il faut interpréter tous les Accords de l'OMC comme un tout, et de façon à donner un sens à tous, harmonieusement. Cette approche ne signifie pas nécessairement qu'il faudrait donner à chaque terme le même sens dans tous les Accords de l'OMC ou que chaque engagement prévu dans les Accords de l'OMC devrait créer le même niveau d'obligation.

10. La Turquie fait observer que le préambule de l'Accord OTC emploie les mêmes termes que l'article XX du GATT. À cet égard, la Turquie estime qu'il faudrait tenir compte du préambule de l'Accord OTC pour interpréter les obligations énoncées dans l'Accord OTC en général et à l'article 2.2 en particulier. Cette interprétation devrait être effectuée en harmonie avec celle du texte introductif de l'article XX du GATT.

11. La Turquie fait également observer que les termes de l'article 2.2 de l'Accord OTC et ceux de l'article XX du GATT sont semblables.

12. Selon la Turquie, l'une des prescriptions qu'il faudrait évaluer pour déterminer si la mesure est en conformité avec l'article 2.2 de l'Accord OTC est la nécessité de la mesure pour la réalisation de l'un des objectifs légitimes mentionnés à l'article 2.2 de l'Accord OTC.

13. La Turquie pense que les précisions données par l'Organe d'appel et les groupes spéciaux antérieurs au sujet du "critère de la nécessité" prévu à l'article XX du GATT ont éclairé l'évaluation du "critère de la nécessité" énoncé à l'article 2.2. Par conséquent, la Turquie estime que le "critère de la nécessité" énoncé à l'article 2.2 de l'Accord OTC comprend l'examen de l'efficacité de la mesure pour la réalisation de l'objectif déclaré, l'évaluation du degré de son caractère restrictif pour le commerce et les mesures de rechange moins restrictives pour le commerce qui sont raisonnablement applicables. S'il existait des mesures de rechange compatibles avec l'Accord OTC ou moins restrictives pour le commerce, alors la mesure en cause ne serait pas en conformité avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

14. D'autre part, un règlement ne peut réaliser son objectif légitime si les restrictions prévues par le règlement ne s'appliquent pas à des produits similaires qui ont le même effet. La mesure contestée a pour objectif de "remédier au problème particulier du tabagisme chez les jeunes".⁴ Selon la Turquie, pour que cet objectif soit réalisé, il faudrait que tous les produits similaires attirant les fumeurs n'ayant pas l'âge légal soient inclus dans le champ de la mesure contestée. Dans ce contexte, la décision du Groupe spécial sur le point de savoir si les cigarettes ordinaires, les cigarettes aromatisées au menthol

⁴ Première communication écrite des États-Unis, paragraphe 6.

et les cigarettes aromatisées aux clous de girofle devraient être considérées comme étant des produits similaires ou non aura une incidence importante sur la détermination de la conformité de la mesure en cause avec les obligations contractées dans le cadre de l'OMC.

IV. SIMILARITÉ DES PRODUITS

15. L'Accord OTC et le GATT de 1994 obligent tous deux les Membres de l'OMC à accorder aux produits importés un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux *produits similaires* d'origine nationale. Par conséquent, selon la Turquie, en vertu de l'Accord OTC et du GATT, afin de déterminer si un "traitement moins favorable" a été appliqué aux cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie, le Groupe spécial doit décider si les cigarettes aromatisées aux clous de girofle et les cigarettes ordinaires et cigarettes aromatisées au menthol sont des produits similaires aux fins du présent différend.

16. De ce fait, afin de déterminer si deux produits sont des produits similaires, il faudrait prendre en considération les quatre critères ci-après: i) les caractéristiques physiques du produit, ii) les utilisations finales du produit, iii) la façon dont les consommateurs perçoivent les produits et, enfin, iv) les classements tarifaires des produits.

17. En outre, la Turquie aimerait appeler l'attention du Groupe spécial sur la déclaration faite par l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*. L'Organe d'appel a dit ce qui suit: "[M]ême si chaque critère se rapporte en principe à un aspect différent des produits considérés, qui devrait être examiné séparément, les différents critères sont interdépendants. Par exemple, les propriétés physiques des produits conditionnent et limitent les utilisations finales que ces produits peuvent avoir. Les perceptions des consommateurs peuvent de même influencer – modifier ou même rendre obsolètes – les utilisations traditionnelles des produits."⁵

18. La Turquie estime que, dans le présent différend, le Groupe spécial devrait examiner soigneusement les perceptions des consommateurs (consommateurs que la Loi vise à protéger), lesquelles peuvent influencer les déterminations au titre d'autres critères. À cet égard, le Groupe spécial devrait identifier: i) les consommateurs de chaque type de cigarettes, à savoir les cigarettes ordinaires, les cigarettes mentholées et les cigarettes aux clous de girofle; ii) les préférences en matière de cigarettes des groupes de consommateurs, en particulier les consommateurs visés par la Loi, exprimées en pourcentage; iii) la manière dont le rapport de concurrence est affecté par les préférences des consommateurs parmi les produits examinés et la question de savoir si les préférences des consommateurs, en particulier celles du groupe de consommateurs visé par la Loi, se déplacent vers l'autre groupe de produits. Si le transfert de la consommation se fait facilement, cela signifie que la concurrence entre les produits, et leur similarité, est grande.

19. Si le Groupe spécial devait déterminer qu'aux fins du présent différend, les cigarettes ordinaires et/ou les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées aux clous de girofle sont des produits similaires, la mesure contestée contreviendrait à l'obligation de traitement national énoncée à l'Accord OTC et/ou à l'article III:4 du GATT de 1994, en fonction des autres éléments de cette obligation. Toutefois, à ce stade, la Turquie ne formulera pas d'observations concernant les autres éléments de l'obligation de traitement national. Cela dit, la Turquie tient à rappeler au Groupe spécial qu'il devrait examiner soigneusement les principaux lieux de production de chaque type de cigarettes, c'est-à-dire la question de savoir si elles sont produites dans le pays ou importées. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II* en ce qui concerne le premier paragraphe de l'article III du GATT, qui énonce un principe général selon lequel des mesures

⁵ Rapport de l'Organe d'appel *CE – Amiante*, paragraphe 102.

intérieures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale, cette considération commande l'application de l'obligation de traitement national.⁶

V. CONCLUSION

20. La Turquie remercie le Groupe spécial de lui avoir donné l'occasion de présenter ses vues. Elle demande au Groupe spécial d'examiner les observations formulées dans la présente communication lorsqu'il interprétera l'Accord OTC et le GATT.

⁶ Rapport de l'Organe d'appel *Japon – Boissons alcooliques II*, pages 20 et 21.

ANNEXE C

**RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES DEUXIÈMES COMMUNICATIONS
ÉCRITES DES TIERCES PARTIES**

Table des matières		Page
Annexe C-1	Résumé analytique de la deuxième communication écrite de l'Indonésie	C-2
Annexe C-2	Résumé analytique de la deuxième communication écrite des États-Unis	C-14

ANNEXE C-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DE L'INDONÉSIE

I. INTRODUCTION

1. L'Indonésie reconnaît que les règles de l'OMC accordent aux Membres un certain pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne leurs régimes réglementaires, en particulier pour ce qui est de la protection de la santé publique. Des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont constaté que certaines mesures qui restreignaient le commerce mais qui étaient nécessaires pour protéger la santé des personnes étaient compatibles avec les engagements contractés dans le cadre de l'OMC. Cependant, les règles de l'OMC disposent aussi clairement que le pouvoir discrétionnaire d'un Membre n'est pas illimité et que les Membres doivent satisfaire à certaines prescriptions lorsqu'ils adoptent des mesures qui restreignent le commerce. En l'espèce, ni les preuves scientifiques ni les données concernant le tabagisme n'étaient l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle qui ne frappe pas les cigarettes mentholées ou les cigarettes aromatisées au tabac. L'article 907 a) 1) A) de la Loi fédérale sur les produits alimentaires, les médicaments et les cosmétiques (modifiée par la Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial ("FSPTCA")) (ci-après dénommé la "Règle spéciale") est donc incompatible avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994. Par ailleurs, les éléments de preuve montrent que la Règle spéciale est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire, ce qui est contraire à l'article 2.2 de l'Accord OTC. Enfin, en adoptant la Règle spéciale, les États-Unis ne se sont pas conformés à certaines autres dispositions de l'Accord OTC, ce qui a entraîné des violations des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC.

II. LES FAITS

A. LES CIGARETTES AUX CLOUS DE GIROFLE N'ATTIRENT PAS MAJORITAIREMENT LES JEUNES

2. Les États-Unis ont allégué que les cigarettes aromatisées, y compris les cigarettes aux clous de girofle, étaient interdites parce qu'elles "attir[aient] majoritairement les jeunes". Lorsqu'il examine les résultats des diverses études présentées tant par l'Indonésie que par les États-Unis, le Groupe spécial devrait regarder de près les tranches d'âge utilisées par les États-Unis. À de nombreuses reprises, alors qu'ils formulent des allégations au sujet de la consommation de cigarettes aromatisées par les "jeunes", les États-Unis utilisent en fait les données des études qui portent à la fois sur les jeunes (17 ans et moins) et les jeunes adultes (18 à 25 ans). La FSPTCA elle-même et le rapport de la Chambre accompagnant la législation indiquent tous deux clairement que l'objectif de la FSPTCA est de réduire le tabagisme chez les moins de 18 ans. Les États-Unis ne peuvent pas attribuer à la mesure un nouvel objectif "réajusté" simplement pour que les données soient plus favorables à leur cause. Les taux de tabagisme chez les jeunes adultes ne sont donc pas pertinents pour les faits de la présente affaire et le Groupe spécial devrait prendre en compte uniquement les taux de consommation chez les jeunes (17 ans et moins) et les adultes (18 ans et plus).

3. Les États-Unis ont cité les résultats de l'Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes ("NYTS"), de Monitoring the Future ("MTF") et de l'Étude nationale sur la consommation de drogues et la santé ("NSDUH") à l'appui de leur allégation selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle étaient consommées "majoritairement" et "de façon disproportionnée" par les jeunes. L'Indonésie a relevé de nombreuses contradictions dans les données des études sur lesquelles les États-Unis se sont appuyés qui montrent, une fois corrigées, un taux de consommation inférieur à celui qui était initialement indiqué dans ces études. Cependant, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les taux signalés par les États-Unis soient exacts, les résultats prouveraient quand

même que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas du tout populaires auprès des jeunes, et encore moins "majoritairement". Par exemple, selon la NYTS, 11 pour cent des fumeurs interrogés (y compris les jeunes adultes de 21 ans ou moins) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours des 30 jours précédents. Selon l'étude MTF, 5,5 pour cent des élèves de 12^{ème} année (dont certains pouvaient avoir 18 ans) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours de l'année précédente. La NSDUH, utilisant la question de l'enquête de 2003, qui a la préférence des États-Unis, indique que 5 pour cent des jeunes fumeurs avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours des 30 jours précédents. Ces données montrent qu'au minimum, près de 90 pour cent des jeunes qui fument n'ont même pas touché à une cigarette aux clous de girofle. Cela est compatible avec la conclusion des chercheurs de l'étude MTF selon laquelle "la consommation de kreteks [cigarettes aux clous de girofle] était une mode passagère qui n'avait tout simplement pas pris auprès de la plupart des jeunes". Les données des études montrent que les cigarettes mentholées, la pipe, les cigares et autres produits du tabac sont encore plus populaires chez les jeunes que les cigarettes aux clous de girofle.

4. Les données montrent en outre qu'un nombre stable, mais modeste de fumeurs adultes (en moyenne 0,3 pour cent) déclarent que les cigarettes aux clous de girofle sont bien celles qu'ils fument "le plus souvent". Une ventilation par tranche d'âge des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle interrogés par la NSDUH montre que les fumeurs de plus de 30 ans qui consomment régulièrement des cigarettes aux clous de girofle sont plus de dix fois plus nombreux que les fumeurs réguliers de ces cigarettes âgés de moins de 18 ans. Les adultes consomment bien des cigarettes aux clous de girofle et ce fait ne peut pas être écarté comme les États-Unis ont cherché à le faire.

5. Par ailleurs, l'Indonésie a présenté des éléments de preuve substantiels indiquant que les cigarettes "d'apprentissage" qui habituent les jeunes au tabagisme aux États-Unis ne sont pas les cigarettes aux clous de girofle, mais des marques populaires aux États-Unis, y compris les cigarettes mentholées. Quarante-deux pour cent des jeunes fumeurs consomment "le plus souvent" des cigarettes mentholées. Le taux de consommation moyen de ces cigarettes chez les adultes tombe à 30 pour cent, soit une baisse notable par rapport à celui des jeunes, qui indique que ces derniers commencent par des cigarettes mentholées avant de passer aux cigarettes aromatisées au tabac une fois adultes. Soixante pour cent des fumeurs adultes actuels de cigarettes aux clous de girofle ont indiqué "Marlboro" ou "Camel" comme marques de leurs premières cigarettes et deux tiers de tous les fumeurs actuels de cigarettes aux clous de girofle ont déclaré avoir fumé leur première cigarette aux clous de girofle plus d'un an après avoir essayé leur première cigarette. De plus, les cigarettes mentholées sont consommées par 62 pour cent des nouveaux fumeurs dans les collèges et par 46 pour cent des nouveaux fumeurs dans les lycées. Quatre-vingt-sept pour cent des fumeurs dans les lycées ne fument que trois marques très commercialisées: "Marlboro", "Camel" et "Newport". Deux des trois marques ayant fait l'objet de l'*Étude Klein* qui, selon les affirmations des États-Unis, montre que les cigarettes aromatisées attirent davantage les jeunes, étaient des cigarettes mentholées.

B. LES CIGARETTES AUX CLOUS DE GIROFLE PRESENTENT LES MEMES RISQUES POUR LA SANTE QUE LES AUTRES CIGARETTES

6. L'Indonésie a présenté des éléments de preuve provenant de l'Office de contrôle des médicaments et des produits alimentaires ("FDA") et des Centres de lutte contre les maladies ("CDC") qui indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont tout aussi dépendogènes et comportent les mêmes risques pour la santé que les autres cigarettes. Elle a aussi présenté une série d'études de *Clark* (pièce IND-30) qui concluent que la fumée des cigarettes aux clous de girofle n'est pas plus nocive que celle des cigarettes ordinaires et que, dans certains cas, elle est moins nocive. Étant donné que le Département de la santé et des services sociaux ("HHS") n'a notifié au Congrès aucun risque pour la santé qui soit imputable aux ingrédients se trouvant dans les cigarettes aux clous de girofle, les États-Unis ne peuvent pas laisser entendre devant le présent Groupe spécial que des substances telles que l'eugénol, la coumarine et d'autres constituent "peut-être" un risque supplémentaire pour la santé lié aux cigarettes aux clous de girofle. Il n'y a strictement aucune preuve scientifique indiquant que

l'un quelconque de leurs ingrédients rend les cigarettes aux clous de girofle plus dangereuses que les autres cigarettes.

III. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ DE MANIÈRE ADEQUATE LES ALLÉGATIONS DE L'INDONÉSIE RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL

7. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie s'est acquittée de la charge qui lui incombe d'établir *prima facie* que la Règle spéciale était incompatible à la fois avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et avec l'article III:4 du GATT de 1994. Comme l'Indonésie l'a indiqué dans sa première communication écrite, pour établir l'existence d'une violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC, la partie plaignante doit démontrer: 1) que la mesure en cause est un règlement technique; 2) que les produits importés et les produits nationaux sont des produits "similaires"; et 3) que le traitement accordé au produit importé est moins favorable que celui qui est accordé au produit national similaire. Les éléments permettant d'établir l'existence d'une violation de l'article III:4 du GATT sont les mêmes sauf que l'article III:4 n'exige pas qu'une mesure soit un règlement technique, mais qu'elle soit une "loi, [un] règlement[] ou [une] prescription[] affectant la vente, la mise en vente, l'achat, le transport, la distribution et l'utilisation [des produits importés et des produits similaires nationaux] sur le marché intérieur". L'Indonésie a établi l'existence de chacun des éléments requis pour chacune des allégations relatives au traitement national dans sa première communication.

A. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS REFUTE L'ALLEGATION *PRIMA FACIE* DE L'INDONESIE CONCERNANT L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

8. Comme l'Indonésie a établi *prima facie* le bien-fondé de ses allégations au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT, la charge de la preuve est passée aux États-Unis qui doivent réfuter les allégations d'incompatibilité formulées par l'Indonésie. Or, dans leur première communication écrite, les États-Unis ont choisi de ne pas réfuter la présomption d'incompatibilité de la Règle spéciale avec l'article 2.1 de l'Accord OTC et ont cherché au lieu de cela à contester l'allégation *prima facie* de l'Indonésie concernant l'article III:4 du GATT de 1994. Comme les États-Unis n'ont pas réfuté l'allégation *prima facie* de l'Indonésie concernant l'article 2.1 de l'Accord OTC, le Groupe spécial devrait se prononcer en faveur de l'Indonésie au sujet de cette allégation.

B. LA REGLE SPECIALE ENFREINT L'ARTICLE III:4 DU GATT

9. Dans sa première communication, l'Indonésie a montré que les cigarettes aux clous de girofle étaient "similaires" aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac de fabrication nationale en appliquant les quatre critères définis par des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel pour l'évaluation de la similarité. Pour chacun de ces critères, les États-Unis essaient d'établir des distinctions des plus ténues entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac afin de montrer qu'elles ne sont pas "similaires". Les distinctions subtiles indiquées par les États-Unis sont insignifiantes et n'enlèvent rien au rapport de concurrence qui existe entre les cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac, d'autre part.

10. Les États-Unis affirment que, du fait que les ingrédients spécifiques des cigarettes aux clous de girofle sont différents de ceux des cigarettes mentholées et des cigarettes aromatisées au tabac, ces cigarettes n'ont pas en commun des caractéristiques physiques suffisantes pour être des produits "similaires". La question pertinente, toutefois, est de savoir si les trois types de cigarettes ont tous en commun des "propriétés" ou "caractéristiques" physiques semblables. L'Indonésie a démontré dans sa première communication que c'était le cas – ils utilisent tous des substances aromatisantes mélangées à du tabac pour donner l'arôme spécifique souhaité, et se présentent au consommateur enroulés dans

du papier et munis d'un filtre. L'Indonésie a présenté des éléments de preuve indiquant que 80 pour cent du tabac utilisé dans les cigarettes aux clous de girofle est du même type que le tabac utilisé dans les cigarettes fabriquées aux États-Unis. Les trois types de cigarettes répondent à la définition d'une cigarette établie par les États-Unis et relèvent tous de la même catégorie taille/poids aux fins fiscales.

11. Les États-Unis essaient d'occulter ces similitudes en mettant en avant plusieurs différences physiques alléguées entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Ces allégations à la fois déforment les faits concernant les cigarettes aux clous de girofle et méconnaissent les faits pertinents concernant les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac.

12. Premièrement, les États-Unis affirment que du fait que les cigarettes aux clous de girofle sont aromatisées par des clous de girofle et une "sauce" comprenant d'autres arômes, elles possèdent des caractéristiques physiques différentes de celles des cigarettes mentholées et des cigarettes aromatisées au tabac. Cette affirmation ne tient pas compte du fait que les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac ont les unes et les autres leurs propres agents aromatisants, qui sont aussi appelés "sauce" ou "sauçage". La soi-disant "sauce" des cigarettes aux clous de girofle est très semblable aux ingrédients aromatisants utilisés dans les cigarettes américaines. Toutes les cigarettes fabriquées aux États-Unis, et pas seulement les cigarettes aux clous de girofle comme les États-Unis l'allèguent, contiennent des aromatisants ajoutés pour distinguer leur goût de celui des autres cigarettes.

13. Deuxièmement, les États-Unis affirment à tort que, contrairement aux cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac ne contiennent pas de quantités importantes de produits alimentaires. Au contraire, les fabricants des États-Unis ont publié une liste de près de 600 ingrédients utilisés dans une grande variété de cigarettes. Ces ingrédients comprennent un certain nombre de produits alimentaires, y compris le cacao, le chocolat, la réglisse, le sucre, le miel, le sirop d'érable, le jus de pomme, le jus de betterave, le jus de raisin, le jus d'ananas, le jus de prune, le café, l'huile de maïs et le vinaigre. De plus, le menthol lui-même est un aromatisant alimentaire courant.

14. Troisièmement, les États-Unis essaient de faire apparaître divers ingrédients des cigarettes aux clous de girofle, tels que l'eugénol et la coumarine, comme étant plus dangereux que les ingrédients des cigarettes mentholées ou des cigarettes aromatisées au tabac. Les données scientifiques et autres n'étaient pas cette allégation.

15. Enfin, les États-Unis allèguent dans leur première communication écrite que "les caractéristiques physiques uniques des cigarettes aux clous de girofle apportent aux fumeurs une expérience physique qui est différente de celle qu'apportent d'autres cigarettes comme les cigarettes au tabac ou mentholées". L'Indonésie conteste que les cigarettes aux clous de girofle doivent leur conception à leurs caractéristiques physiques "uniques". Les cigarettes sont conçues pour offrir un certain niveau d'intensité aromatique, que cet arôme soit le clou de girofle, le menthol ou le tabac.

16. L'Indonésie estime que l'utilisation finale de toutes les cigarettes est la même – c'est-à-dire qu'elles sont utilisées pour fumer du tabac. L'apport de nicotine est une conséquence de cette utilisation finale puisque tous les produits du tabac contiennent de la nicotine.

17. Les données montrent que la quantité de nicotine apportée par une cigarette est déterminée par la quantité de fumée inhalée. Les États-Unis eux-mêmes ont présenté une étude qui montre que les niveaux de nicotine dans le sang et les fréquences cardiaques sont exactement les mêmes chez une personne ayant fumé une cigarette aux clous de girofle et une cigarette ordinaire. Les données scientifiques montrent que les cigarettes aromatisées, y compris aux clous de girofle, sont aussi dépendogènes que les autres cigarettes. Dans la mesure où il existe des renseignements sur le lien entre le type de cigarette et le degré de dépendance, ces éléments de preuve indiquent que les fumeurs

de cigarettes mentholées ont beaucoup plus de difficulté à cesser de fumer et pourraient être plus dépendants que les autres fumeurs.

18. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a présenté des éléments de preuve indiquant que la plupart des consommateurs perçoivent les cigarettes aux clous de girofle, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac comme un autre moyen de fumer, ainsi que le démontrent les consommateurs qui passent activement de l'un à l'autre des trois types de cigarettes pour l'utilisation finale, qui est l'acte de fumer. L'Indonésie et les États-Unis conviennent que la majorité des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle (75 à 79 pour cent) fument aussi des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires. Or, bien qu'ils reconnaissent ce fait, les États-Unis font valoir dans leur première communication écrite que les consommateurs font la différence entre ces cigarettes de sorte qu'elles ne sont pas dans un rapport de concurrence les unes avec les autres. Les faits n'étaient tout simplement pas l'affirmation des États-Unis.

19. Premièrement, les États-Unis affirment que les cigarettes aux clous de girofle, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac ne se font pas concurrence parce que les cigarettes aux clous de girofle sont utilisées "pour les occasions spéciales". L'Indonésie conteste que les cigarettes aux clous de girofle soient utilisées uniquement comme des cigarettes occasionnelles ou réservées à une occasion spéciale. Les données de la *NSDUH* présentées par l'Indonésie montrent qu'il y a une proportion modeste, mais stable d'adultes qui déclarent fumer "le plus souvent" des cigarettes aux clous de girofle. Les cigarettes aux clous de girofle ont été vendues aux États-Unis pendant 40 ans et elles n'ont jamais été commercialisées comme un produit "saisonnier" ou vendues "en nombre limité". Ce qui est surtout pertinent, c'est que les fumeurs sont connus pour passer des cigarettes aux clous de girofle aux cigarettes mentholées ou aux cigarettes au tabac, ce qui montre qu'ils sont, en fait, prêts à substituer les produits pour la même utilisation finale, qui est l'acte de fumer.

20. Deuxièmement, les États-Unis essaient aussi d'établir des distinctions dans le comportement des consommateurs en affirmant que les jeunes fumeurs fument "majoritairement" des cigarettes aux clous de girofle, alors qu'une faible proportion d'adultes seulement en fument. Selon eux, cela tranche nettement avec les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac qui "sont régulièrement consommées par une grande proportion de jeunes, mais surtout par des adultes, qui en fument régulièrement". Aucun des éléments de preuve présentés par les États-Unis ne le montre. En fait, les données dont les États-Unis se servent pour étayer leur affirmation prouvent en réalité qu'au minimum près de 90 pour cent des jeunes fumeurs (de moins de 18 ans) ne consomment pas de cigarettes aux clous de girofle. Les éléments de preuve montrent que les cigarettes mentholées sont beaucoup plus populaires auprès des jeunes que les cigarettes aux clous de girofle. De plus, les adultes fument bien des cigarettes aux clous de girofle. Il n'y a tout simplement pas d'élément de preuve qui donne à penser que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas similaires aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac pour ce qui est de leur usage par les jeunes et les adultes.

21. Les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes de fabrication nationale relèvent du même classement tarifaire international au niveau des positions à six chiffres (2402.20). Le niveau de classement pertinent est celui des positions à six chiffres car c'est le niveau le plus détaillé auquel des comparaisons peuvent être faites sur le plan international.

22. En résumé, l'Indonésie a établi que les cigarettes aux clous de girofle avaient les mêmes caractéristiques physiques, utilisations finales et préférences des consommateurs, et le même classement tarifaire que les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Aucune des affirmations avancées par les États-Unis n'indique qu'il existe entre les trois types de cigarettes des différences notables qui les rendraient non "similaires".

23. Puisqu'il s'agit de produits "similaires", l'article III:4 du GATT exige que les cigarettes aux clous de girofle importées ne soient pas soumises à un traitement moins favorable que celui qui est accordé aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac de fabrication nationale sur le marché des États-Unis. Bien qu'elle soit neutre telle qu'elle est libellée, la Règle spéciale aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des produits importés. L'interdiction des arômes caractérisants ne vise pas les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Tant les cigarettes mentholées que les cigarettes au tabac sont principalement fabriquées aux États-Unis, alors que les cigarettes aux clous de girofle, qui sont interdites, sont majoritairement importées d'Indonésie. En interdisant les cigarettes aux clous de girofle et non les produits nationaux similaires (cigarettes mentholées et cigarettes aromatisées au tabac), les États-Unis ont modifié les conditions de concurrence au détriment des cigarettes aux clous de girofle importées. En fait, la quasi-totalité des cigarettes de fabrication nationale n'a pas été affectée par les restrictions imposées par la Règle spéciale, de sorte que celle-ci aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle importées.

24. L'Indonésie et un certain nombre de tierces parties ont exprimé leurs préoccupations au sujet de l'argument des États-Unis selon lequel l'Indonésie devait démontrer que la Règle spéciale accordait un traitement différent aux cigarettes aux clous de girofle "sur la base de leur origine nationale". Aucun rapport de groupe spécial ou de l'Organe d'appel n'a exigé à la fois un critère du "traitement moins favorable" et un deuxième critère "sur la base de l'origine nationale" en relation avec l'article III:4 du GATT de 1994. Comme l'Indonésie et les tierces parties l'ont expliqué, les produits nationaux et les produits importés peuvent être traités différemment, mais ce traitement sera "moins favorable" s'il a pour effet de modifier les conditions de concurrence au détriment des produits importés. L'Indonésie demande instamment au Groupe spécial de rejeter l'idée des États-Unis selon laquelle la Règle spéciale doit établir une discrimination "sur la base de l'origine nationale" pour qu'il en résulte un "traitement moins favorable" pour les cigarettes aux clous de girofle importées.

25. Les États-Unis ont également tort de dire que "le fait que des cigarettes nationales sont également visées par l'interdiction et que la grande majorité des cigarettes importées reste autorisée à la vente aux États-Unis signifie que la Règle spéciale ne prévoit pas un "traitement moins favorable"". Il est possible d'établir l'existence d'une violation de l'article III:4 en montrant qu'il y a certains produits importés qui sont soumis à un traitement moins favorable par rapport au produit national similaire bénéficiant du traitement le plus favorable. Le principe est simple – si les produits en cause sont "similaires", alors un Membre ne peut pas accorder au produit importé un "traitement moins favorable". En l'espèce, la comparaison pertinente consiste à déterminer si les cigarettes aux clous de girofle importées sont "similaires" à l'une quelconque des cigarettes nationales qui n'ont pas été interdites, à savoir les cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac. Il n'est pas nécessaire que le Groupe spécial examine si les cigarettes aux clous de girofle sont soumises à un traitement moins favorable par rapport aux cigarettes nationales qui ont aussi été interdites ou aux cigarettes importées qui n'ont pas été interdites. De plus, contrairement à ce que les États-Unis laissent entendre, ni l'intention d'établir une discrimination à l'encontre des importations ni l'effet économique d'une mesure ne font partie de l'analyse du "traitement moins favorable" par le Groupe spécial.

26. En l'espèce, l'Indonésie a montré que les États-Unis soumettaient les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement moins favorable que celui qui était accordé aux cigarettes mentholées et aux cigarettes au tabac nationales "similaires". Les cigarettes aux clous de girofle sont interdites alors que les cigarettes mentholées et celles qui sont aromatisées au tabac ne le sont pas. L'allégation des États-Unis concernant une prescription "sur la base de l'origine nationale", les raisons pour lesquelles les États-Unis interdisent les cigarettes aux clous de girofle mais non les deux types "similaires" de cigarettes, et l'effet de l'interdiction ne devraient pas détourner l'attention du Groupe spécial de ce simple fait.

IV. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS RÉFUTÉ L'ALLÉGATION DE L'INDONÉSIE SELON LAQUELLE LA RÈGLE SPÉCIALE ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

27. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a établi *prima facie* que la Règle spéciale était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'elle était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour protéger la santé des personnes compte tenu des risques que la non-réalisation entraînerait et que, par conséquent, elle constituait un obstacle non nécessaire au commerce international. En réponse, les États-Unis ont non seulement exprimé leur désaccord avec l'Indonésie sur le cadre approprié de l'analyse du Groupe spécial mais encore soutenu que l'Indonésie n'avait pas établi l'existence d'une violation de l'article 2.2. Le critère proposé par les États-Unis aux fins de l'analyse de l'article 2.2 est erroné et leurs autres affirmations sont de même dénuées de fondement.

A. CADRE D'ANALYSE DU GROUPE SPECIAL

28. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a dit que le critère pour l'application de l'article XX b) du GATT et de son texte introductif que des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel avaient établi pouvait s'appliquer à l'analyse de l'article 2.2 de l'Accord OTC par le Groupe spécial. Il apparaîtrait que la similitude entre le texte de l'article XX du GATT de 1994 et de son alinéa b), d'une part, et de celui de l'article 2.2 et du Préambule de l'Accord OTC, d'autre part, indique une forte corrélation entre ces deux dispositions quant au sens qu'elles sont censées avoir. Le but de l'article 2.2 de l'Accord OTC, lu conjointement avec le Préambule, est semblable à celui de l'article XX du GATT de 1994 en ce sens que les deux dispositions permettent aux Membres d'avoir en place des mesures qui restreignent le commerce, pour autant i) que le Membre poursuive un objectif légitime; ii) que la mesure soit nécessaire pour réaliser l'objectif; et iii) que la mesure ne soit pas plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser l'objectif. Ce sont ces trois facteurs que le Groupe spécial devrait évaluer pour analyser si la Règle spéciale est compatible avec les obligations des États-Unis au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC.

29. Les États-Unis, quant à eux, qualifient le cadre proposé de "radical" et préconisent au lieu de cela le recours à l'article 5:6 de l'Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires ("Accord SPS") comme contexte pertinent pour l'interprétation l'article 2.2 de l'Accord OTC. Leur argument n'est pas convaincant pour plusieurs raisons. Premièrement, il est difficile de comprendre pourquoi l'Accord SPS constituerait un contexte pertinent, mais non le GATT de 1994. Deuxièmement, les États-Unis accordent trop d'importance aux différences contextuelles du mot "nécessaire" qui figure à l'article 2.2 de l'Accord OTC et à l'article XX du GATT. La "différence contextuelle" affirmée par les États-Unis ne dit rien sur le sens ordinaire du mot "nécessaire". Enfin, le libellé utilisé dans l'article 5:6 de l'Accord SPS est plus spécifique et impose une plus lourde charge aux Membres contestant une mesure que le libellé de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Par contre, le libellé de l'article 2.2 est très semblable à celui de l'article XX du GATT de 1994.

B. OBJECTIF LEGITIME DE LA REGLE SPECIALE

30. Pour ce qui est de savoir quel objectif est poursuivi par la mesure spéciale, l'Indonésie estime que le Groupe spécial devrait examiner le rapport de la Chambre qui accompagne la FSPTCA. Selon ce rapport, l'objectif de la Règle spéciale est la protection de la santé publique grâce à une réduction du nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes. L'Indonésie admet que tant la protection de la santé des personnes au moyen de la réglementation des produits du tabac que la réduction du tabagisme chez les jeunes sont des objectifs légitimes.

31. Les États-Unis affirment que l'objectif de la Règle spéciale est de "protéger la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme chez les jeunes tout en évitant les conséquences négatives

possibles associées à l'interdiction de produits auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont chimiquement et psychologiquement dépendants à cause des conséquences possibles, mais inconnues, sur la santé des consommateurs individuels ou de la population dans son ensemble". Cette formulation s'écarte donc de celle du rapport de la Chambre sur plusieurs points importants qui ont des implications pour l'analyse par le Groupe spécial des moyens de défense des États-Unis.

32. Premièrement, les États-Unis font référence aux "jeunes" et non aux "enfants et adolescents" comme le fait le rapport de la Chambre. D'après leur propre définition, ils essaient d'inclure à la fois les "enfants" (âgés de 17 ans et moins) et les "jeunes adultes" (âgés de 18 à 25 ans) dans une catégorie de "jeunes" (âgés de 12 à 26 ans). En faisant référence à des "jeunes" plutôt qu'à des "enfants et adolescents", ou à la "jeunesse", il apparaît que les États-Unis essaient de "réajuster" l'objectif de la Règle spéciale pour qu'il couvre une population plus large que celle qui était envisagée par le Congrès. Le rapport de la Chambre dit clairement que la Règle spéciale vise à réduire le tabagisme chez les enfants et les adolescents (personnes âgées de 17 ans ou moins).

33. Deuxièmement, devant le Groupe spécial, les États-Unis ajoutent à l'objectif de la Règle spéciale le fait d'"éviter les conséquences négatives *possibles* pour la santé". Selon l'Indonésie, cela ne fait pas partie de l'objectif de la Règle spéciale tel qu'il est énoncé dans le rapport de la Chambre. Quoi qu'il en soit, les États-Unis ne présentent aucune preuve, scientifique ou autre, à l'appui de ces effets censés être négatifs pour la santé (par exemple, la pression sur le système de soins de santé et l'expansion du marché noir de la cigarette) que la Règle spéciale vise à éviter; la raison en est, comme les États-Unis le reconnaissent, que ces conséquences sont "inconnues". En réalité, il y a des éléments de preuve qui indiquent qu'un objectif autre que celui qui consiste à "éviter les conséquences négatives possibles pour la santé" a influencé la conception de la Règle spéciale. L'Indonésie a présenté des éléments de preuve montrant que les États-Unis n'avaient pas inclus les cigarettes mentholées dans la Règle spéciale parce qu'un cigarettier national s'y était opposé.

C. PLUS RESTRICTIF POUR LE COMMERCE QU'IL N'EST NECESSAIRE

34. Aussi légitime que puisse être son objectif, la Règle spéciale elle-même n'est pas nécessaire pour le réaliser. Les arguments avancés par les États-Unis pour réfuter l'allégation *prima facie* de l'Indonésie doivent être rejetés parce que le point essentiel de leur moyen de défense – à savoir que la Règle spéciale interdit uniquement les cigarettes "d'apprentissage" que les adultes ne consomment pas régulièrement – n'est pas étayé par des éléments de preuve. En conséquence, la Règle spéciale ne contribue pas de manière importante à la réalisation de l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes et la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne présenterait donc aucun risque notable pour la réalisation de l'objectif de la mesure, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes. À ce stade, la question de savoir s'il existe des mesures moins restrictives pour le commerce est sans intérêt car la Règle spéciale ne peut pas être nécessaire si elle ne réalise pas son objectif. Or, comme l'Indonésie l'a démontré dans sa première communication écrite, il existe plusieurs mesures moins restrictives pour le commerce que les États-Unis pourraient appliquer afin de limiter les possibilités pour les jeunes de se procurer des cigarettes aux clous de girofle.

35. Lorsqu'il détermine si la Règle spéciale est "nécessaire" pour réaliser son objectif, le Groupe spécial devrait examiner si elle apporte une contribution importante à la réalisation de l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes. L'Indonésie estime que la Règle spéciale ne peut pas apporter une contribution importante au niveau de protection élevé recherché par les États-Unis en interdisant la cigarette que la plupart des jeunes ne fument pas.

36. L'article 2.2 de l'Accord OTC dispose que la nécessité d'une mesure doit être déterminée compte tenu des risques associés à la non-adoption de la mesure contestée (c'est-à-dire, le risque de non-réalisation). En conséquence, le Groupe spécial devrait évaluer l'incidence probable de la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Pour ce faire, il lui faudrait de nouveau examiner

si l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle, mais non des cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac, contribue à une réduction du tabagisme chez les jeunes. L'Indonésie a établi *prima facie* que le fait de ne pas interdire les cigarettes aux clous de girofle ne présenterait aucun risque notable pour l'objectif déclaré de la Règle spéciale ou la santé des adolescents.

37. Les États-Unis affirment, quant à eux, que le risque de non-réalisation est que "les taux de tabagisme chez les jeunes demeurent inchangés". Comme très peu d'adolescents fument effectivement des cigarettes aux clous de girofle, on voit mal comment le fait de ne pas les interdire changerait quoi que ce soit, de façon importante ou non, aux taux de tabagisme, à plus forte raison pour ce qui est de la réduction de 50 pour cent recherchée par la FSPTCA. Les États-Unis l'ont bien admis lorsqu'ils n'ont pas pu fournir de données sur la réduction du tabagisme chez les jeunes depuis l'entrée en vigueur de la Règle spéciale.

38. Comme l'Indonésie a produit des éléments de preuve indiquant que la Règle spéciale ne contribue pas de manière importante à l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes et que le fait de ne pas interdire les cigarettes aux clous de girofle ne présenterait pas un risque notable pour la réalisation de l'objectif, c'est aux États-Unis qu'il incombe de réfuter cette allégation. Puisque les États-Unis ne se sont pas acquittés de cette obligation, la Règle spéciale n'est pas nécessaire. À ce titre, il n'est pas nécessaire d'examiner si des mesures moins restrictives pour le commerce pouvaient être appliquées.

39. Cependant, si le Groupe spécial en disconvient, l'Indonésie a démontré dans sa première communication écrite que les États-Unis pouvaient appliquer plusieurs mesures moins restrictives pour le commerce afin de limiter les possibilités pour les jeunes de se procurer des cigarettes aux clous de girofle. Ces mesures consistent à limiter la vente aux lieux réservés aux adultes, à imposer des restrictions concernant la publicité/l'étiquetage et à relever l'âge minimum requis pour l'achat du produit. Les États-Unis font valoir que l'Indonésie n'a pas prouvé que les mesures de rechange qu'elle proposait réaliseraient l'objectif de la mesure au niveau de protection voulu par les États-Unis ni que ces mesures de rechange étaient sensiblement moins restrictives pour le commerce.

40. Tout d'abord, l'Indonésie n'a pas à montrer que les mesures de rechange qu'elle propose sont "sensiblement" moins restrictives pour le commerce, mais seulement qu'elles sont "moins restrictives pour le commerce". N'importe laquelle des mesures de rechange proposées par l'Indonésie aurait été "moins restrictive pour le commerce" que la mesure appliquée par les États-Unis – une interdiction complète de l'importation, de la production et de la vente de toutes les cigarettes aux clous de girofle. Toutes les mesures de rechange proposées étaient raisonnablement disponibles pour les États-Unis et pourraient permettre de réduire le tabagisme chez les jeunes car elles soit 1) figuraient déjà dans la FSPTCA et étaient considérées efficaces par les États-Unis pour empêcher les jeunes de fumer des cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac; soit 2) avaient été adoptées par les États-Unis dans d'autres contextes pour retirer les cigarettes aromatisées du marché et auraient pu être incorporées dans la FSPTCA; soit encore 3) étaient employées par d'autres pays dans le même but de réduire le tabagisme chez les jeunes.

41. Par exemple, les États-Unis auraient pu s'appuyer sur les autres pouvoirs de réglementation prévus dans le projet de loi pour prévenir le tabagisme chez les jeunes et obtenir le même résultat qu'avec la Règle spéciale. Comme l'Indonésie l'a démontré, l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne peut pas réduire fortement le tabagisme chez les jeunes parce que très peu de jeunes en fument et qu'il n'y a aucun élément de preuve indiquant qu'il s'agit d'une cigarette de débutant qui incite à fumer d'autres cigarettes. Ainsi, si les États-Unis considèrent que les mesures visant à réduire la consommation de cigarettes mentholées et de cigarettes aromatisées au tabac chez les jeunes sont efficaces, elles devraient être tout aussi efficaces pour réduire la consommation de cigarettes aux clous de girofle chez les jeunes. Dans la mesure où les États-Unis craignent que les sociétés productrices de tabac n'introduisent sur le marché de nouvelles cigarettes aromatisées, la FSPTCA confère au HHS le

pouvoir d'approuver les nouveaux produits du tabac et elle peut donc empêcher que de nouvelles cigarettes aromatisées ne soient accessibles aux jeunes. Les États-Unis n'ont présenté aucun élément de preuve pour réfuter l'applicabilité raisonnable des mesures de rechange proposées par l'Indonésie ou leur capacité de réduire le tabagisme chez les jeunes.

D. RESTRICTION DEGUISEE AU COMMERCE INTERNATIONAL

42. Le préambule de l'Accord OTC dispose, entre autres, que des règlements techniques peuvent être adoptés "sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre des pays où les mêmes conditions existent, soit une restriction déguisée au commerce international". Ainsi, même s'il constate que la Règle spéciale était nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes, le Groupe spécial doit aussi examiner si elle constitue une restriction déguisée au commerce international. L'Indonésie pense que c'est le cas. En concevant l'interdiction des "arômes caractérisants" de façon telle que quasiment aucune cigarette produite dans le pays, y compris celles qui étaient les plus populaires auprès des jeunes, n'était retirée du marché, les États-Unis ont pu créer l'apparence d'une action énergique de lutte contre le tabagisme chez les jeunes, sans causer en fait le moindre préjudice réel aux sociétés productrices de tabac des États-Unis, ni supprimer des cigarettes produites dans le pays qui étaient populaires auprès des jeunes. Comme il a été dit plus haut, la portée de l'interdiction figurant dans la Règle spéciale résultait d'un compromis avec la branche de production nationale et n'était pas uniquement motivée par des considérations de santé publique. Compte tenu de ce fait et des autres éléments de preuve indiquant que la Règle spéciale n'est pas "nécessaire", le Groupe spécial devrait constater que la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

V. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS REFUTE DE MANIERE ADEQUATE LES AUTRES ALLÉGATIONS DE L'INDONÉSIE AU TITRE DE L'ACCORD OTC

A. LES ÉTATS-UNIS ONT AGI D'UNE MANIERE INCOMPATIBLE AVEC LEURS OBLIGATIONS AU TITRE DE L'ARTICLE 2.5 DE L'ACCORD OTC

43. Dans sa première communication écrite, l'Indonésie a montré en quoi les États-Unis n'avaient pas justifié la Règle spéciale conformément aux dispositions de l'article 2.5. L'article 2.5 de l'Accord OTC exige d'un Membre qu'il justifie sa mesure "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4", y compris en fournissant les "données scientifiques et techniques" concernant les "risques que la non-réalisation [de l'objectif sanitaire] entraînerait", et en expliquant comment la mesure choisie "réalise" l'objectif recherché. C'est précisément cet élément "au regard des dispositions des paragraphes 2 à 4" qui manquait dans les réponses que les États-Unis ont données à l'Indonésie. Comme l'Indonésie a établi *prima facie* le bien-fondé de ses allégations et que les États-Unis n'ont pas réfuté de manière adéquate ces allégations, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5 de l'Accord OTC.

B. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS REFUTE LES ALLEGATIONS DE L'INDONESIE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.8 DE L'ACCORD OTC

44. Les États-Unis soutiennent qu'en ce qui concerne la Règle spéciale, une norme basée sur les propriétés d'emploi n'était pas appropriée étant donné que ce sont les additifs, les arômes, les herbes et les épices que la Règle spéciale est censée viser. L'Indonésie estime que l'interdiction des cigarettes ayant un arôme caractérisant aurait pu être précisée en fonction des propriétés d'emploi plutôt que des caractéristiques descriptives, et qu'il aurait été approprié de le faire. Elle a présenté des éléments de preuve montrant que presque toutes les cigarettes comprennent au moins certains additifs, arômes, herbes et épices. Les États-Unis ont indiqué que la présence de constituants ou d'additifs ne répondait pas à la définition d'un "arôme caractérisant" en soi. En l'absence d'une norme basée sur les propriétés d'emploi, un fabricant ne peut pas savoir quelles cigarettes sont réputées avoir un arôme caractérisant

de quelque chose d'autre que le tabac ou le menthol. En l'espèce, le produit peut être défini en fonction de ses propriétés d'emploi. À ce titre, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.8 de l'Accord OTC en omettant de spécifier une norme basée sur les propriétés d'emploi dans la Règle spéciale.

C. LES ÉTATS-UNIS ADMETTENT AVOIR AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.9 DE L'ACCORD OTC

45. Les États-Unis ont admis qu'ils n'avaient pas notifié la Règle spéciale conformément à l'article 2.9 ou 2.10 de l'Accord OTC. Par conséquent, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.9 de l'Accord OTC.

D. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS REFUTÉ LES ALLEGATIONS DE L'INDONÉSIE AU TITRE DE L'ARTICLE 2.12 DE L'ACCORD OTC

46. Comme l'Indonésie a établi *prima facie* que le délai de 90 jours ménagé avant l'entrée en vigueur de la Règle spéciale était sensiblement plus court que celui de six mois normalement requis et que les États-Unis n'ont pas affirmé l'existence de "circonstances d'urgence" entourant l'adoption de la Règle spéciale, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12 de l'Accord OTC.

E. LES ÉTATS-UNIS N'ONT PAS REFUTÉ LES ALLEGATIONS DE L'INDONÉSIE AU TITRE DE L'ARTICLE 12.3 DE L'ACCORD OTC

47. L'Indonésie dit qu'elle a présenté des éléments de preuve *prima facie* indiquant que les États-Unis n'ont pas pris en considération, en même temps que d'autres facteurs, ses besoins spéciaux en tant que pays en développement avant de prendre une décision qui créait un obstacle non nécessaire au commerce. Il s'agit uniquement de savoir si les actions des États-Unis satisfaisaient aux prescriptions de l'article 12.3 de l'Accord OTC. L'article 12.3 de l'Accord OTC exige d'un Membre qu'il agisse de manière affirmative. Les actions que les États-Unis ont engagées sont loin de satisfaire aux prescriptions de l'article 12.3 de l'Accord OTC et, par conséquent, le Groupe spécial devrait constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC.

VI. LA RÈGLE SPÉCIALE NE PEUT PAS ÊTRE JUSTIFIÉE AU REGARD DE L'ARTICLE XX DU GATT

48. Dans leur première communication écrite, les États-Unis affirment que s'il est constaté que la Règle spéciale est incompatible avec l'article III:4 du GATT, alors elle est justifiée au regard de l'article XX du GATT. L'Indonésie a déjà démontré, dans la section IV ci-dessus, que l'interdiction figurant dans la Règle spéciale n'était pas nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes et qu'elle constituait une restriction déguisée au commerce international. À ce titre, l'article XX du GATT ne permet pas de soustraire la Règle spéciale à une constatation d'incompatibilité avec les règles de l'OMC.

VII. LA RÈGLE SPÉCIALE A ANNULÉ OU COMPROMIS DES AVANTAGES REVENANT À L'INDONÉSIE

49. Comme l'Indonésie a établi que les États-Unis avaient manqué à leurs obligations au titre de l'Accord OTC et du GATT de 1994, il y a présomption qu'ils ont annulé ou compromis des avantages revenant à l'Indonésie au sens de l'article XXIII:1 a) du GATT. Les États-Unis n'ont pas réfuté cette présomption et, par conséquent, le Groupe spécial devrait constater que la Règle spéciale a annulé ou compromis des avantages revenant à l'Indonésie.

VIII. CONCLUSION

50. L'Indonésie a établi *prima facie* le bien-fondé de ses allégations au titre de l'article III:4 du GATT de 1994 et des articles 2.1, 2.2, 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC. Les États-Unis n'ont pas réfuté ces allégations. L'Indonésie a l'honneur de demander au Groupe spécial de constater que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC indiqués ci-dessus et de recommander que les États-Unis mettent leur mesure en conformité.

ANNEXE C-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DEUXIÈME COMMUNICATION ÉCRITE DES ÉTATS-UNIS

I. INTRODUCTION

1. L'article 907 a) 1) A) est une mesure de santé publique fondée sur la façon dont les cigarettes sont consommées par la population des États-Unis dans son ensemble. Les cigarettes ayant certains arômes caractérisants sont interdites en application de la mesure parce qu'elles sont particulièrement attrayantes pour les jeunes – et sont donc particulièrement nocives car elles facilitent la dépendance – sans être consommées par un grand nombre d'adultes. À ce titre, du point de vue de la santé publique, il est à la fois souhaitable et approprié de les interdire. Les allégations de l'Indonésie à l'encontre de l'article 907 a) 1) A) s'appuient sur des arguments qui sont soit vagues soit erronés en droit, et sur des affirmations factuelles non étayées par des éléments de preuve et réfutées par les éléments de preuve présentés par les États-Unis. Et au lieu d'aborder les questions de santé publique liées à l'article 907 a) 1) A) et au tabagisme chez les jeunes, l'Indonésie nie simplement leur existence.

2. S'agissant du traitement national, l'Indonésie soutient à tort que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées, et que l'article 907 a) 1) A) accorde aux produits indonésiens un traitement moins favorable parce qu'il n'interdit pas également toutes les cigarettes nationales. Or, les faits pertinents confirment que dans les circonstances de l'espèce, les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas "similaires" aux cigarettes au tabac ou mentholées. De plus, l'interdiction des arômes énoncée dans l'article 907 a) 1) A) s'applique en fait aussi bien aux cigarettes importées qu'aux cigarettes nationales, et elle ne s'applique pas à la grande majorité des cigarettes importées.

3. Tout comme ses arguments relatifs au traitement national, les arguments de l'Indonésie concernant l'article 2.2 de l'Accord OTC sont dénués de fondement. En particulier, l'Indonésie n'a pas présenté d'éléments de preuve, encore moins d'éléments de preuve suffisants, pour établir qu'il existe une mesure moins restrictive pour le commerce et raisonnablement applicable qui réalise l'objectif de l'article 907 a) 1) A) au niveau que les États-Unis considèrent approprié. À ce titre, l'Indonésie n'a pas établi *prima facie* le bien-fondé de son allégation selon laquelle l'article 907 a) 1) A) était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC.

II. ARGUMENTS JURIDIQUES

A. ALLEGATIONS RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL FORMULEES AU TITRE DE L'ARTICLE III:4 DU GATT DE 1994 ET DE L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

4. Comme ils l'ont fait observer dans leurs réponses à la première série de questions posées par le Groupe spécial aux parties, les États-Unis considèrent que le Groupe spécial peut examiner conjointement les allégations relatives au traitement national formulées au titre du GATT de 1994 et de l'Accord OTC, compte dûment tenu du contexte particulier et des prescriptions se rapportant à chaque allégation. En fait, les États-Unis estiment que l'Accord OTC constitue un contexte spécifique, qui est pertinent pour les analyses du traitement national au regard de l'Accord OTC et du GATT de 1994. Le thème récurrent exprimé dans le Préambule est que des mesures techniques peuvent établir entre les produits des distinctions qui affectent le commerce international, pour autant que certaines conditions soient remplies. Ainsi, comme il ressort du texte de l'Accord OTC, les Membres ont reconnu que les mesures techniques servaient souvent à prescrire et proscrire des caractéristiques de produits, à établir des prescriptions et des normes, et que ces mesures pouvaient souvent – de manière légitime et admissible – affecter le commerce international et l'accès aux

marchés pour les produits, tant étrangers que nationaux. Considéré isolément, le simple fait qu'un règlement technique puisse affecter le commerce international ne prouve pas que la mesure est incompatible avec des obligations commerciales. Ce niveau de contexte est aussi pertinent pour l'analyse du traitement national au regard du GATT de 1994, car les règlements techniques sont un sous-ensemble particulier des mesures visées par l'article III:4.

5. L'analyse du "produit similaire" que fait l'Indonésie est incohérente – variant d'une communication à l'autre – et sans rapport avec les faits du différend ou le contexte constitué par les Accords. L'Indonésie commence dans sa première communication écrite par noter – comme elle le devrait – la déclaration de l'Organe d'appel selon laquelle l'expression "produit similaire" "doit être interprétée à la lumière d[e son] contexte, ainsi que de l'objet et du but, de la disposition en question, et à la lumière de l'objet et du but de l'accord visé dans lequel figure cette disposition". Cependant, après avoir noté le caractère contextuel de la "similarité", dans les paragraphes qui suivent immédiatement, l'Indonésie met ce principe de côté et invoque les conclusions formulées dans deux différends dont les situations factuelles sont entièrement différentes pour étayer son allégation selon laquelle "toutes" les cigarettes devraient être réputées être des produits "similaires". Dans ses réponses à la première série de questions posées par le Groupe spécial aux parties, l'Indonésie amorce ensuite un changement radical – laissant entendre que toutes les cigarettes ne sont *pas* nécessairement des produits "similaires". Elle avance cette qualification en réponse à une question concernant le traitement fiscal apparemment différent et moins favorable qu'elle accorde aux cigarettes étrangères.

6. En outre, dans sa première communication écrite, l'Indonésie a reconnu – comme elle le devrait – que les cigarettes ayant des arômes caractérisants, par exemple aux baies ou au chocolat, étaient pertinentes pour le différend, et elle les a incluses dans son analyse du produit similaire. Il est significatif que l'Indonésie a reconnu comme distinction légitime entre les "produits similaires" les conséquences des cigarettes pour la santé publique, à savoir une distinction fondamentale sur la base de laquelle le clou de girofle et les autres arômes caractérisants diffèrent en fait du tabac et du menthol. L'Indonésie a donc expressément reconnu que, sur la base de leur attrait et, implicitement, des tranches d'âge de leurs consommateurs, des cigarettes différentes pouvaient présenter un risque différent pour la santé. Par ailleurs, elle a reconnu que le risque que présentaient certains types de cigarettes pour la santé était tellement important dans le contexte de la présente affaire qu'il signifiait que ces cigarettes "ne [devaient] pas être considérées comme similaires" aux autres cigarettes. Dans leur première communication écrite, les États-Unis ont montré que les cigarettes aux clous de girofle – tout comme les cigarettes ayant des arômes de cerise, de chocolat et d'autres arômes caractérisants mentionnés dans la première communication de l'Indonésie – présentaient des risques pour la santé publique en raison de leur attrait pour jeunes fumeurs. L'Indonésie a alors changé de position au sujet des cigarettes aromatisées. De plus, elle considère que les quatre facteurs mentionnés au paragraphe 18 du *Rapport du Groupe de travail des ajustements fiscaux à la frontière* (à savoir, les propriétés physiques, les utilisations finales, les goûts et habitudes des consommateurs, et le classement tarifaire) sont une approche mécanique, dénuée de tout indicateur pour ce qui est de savoir quelles caractéristiques sont pertinentes et lesquelles ne le sont pas.

7. Les Accords visés et les dispositions en cause – l'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT de 1994 – constituent le contexte permettant de déterminer "quelles caractéristiques ou qualités sont importantes pour évaluer la "similarité" des produits", "dans quelle proportion ou mesure des produits doivent avoir des qualités ou des caractéristiques communes pour être des "produits similaires"" et "selon quel point de vue la "similarité" devrait être appréciée". L'Organe d'appel utilise les quatre facteurs traditionnels, mais il a souligné que ces quatre facteurs n'étaient que des outils pour définir le cadre de l'examen, et qu'ils ne devaient pas se substituer au travail d'analyse consistant à déterminer quels facteurs de "similarité" étaient pertinents dans des circonstances particulières. Les États-Unis ont énoncé les principes contextuels du GATT de 1994 et de l'Accord OTC qui éclairent en l'espèce l'analyse du traitement national au regard de ces Accords. L'analyse du produit similaire devrait attribuer un poids aux caractéristiques qui se rapportent directement à la question de savoir si

les produits réglementés par la mesure sont concurrentiels sur le marché des États-Unis et qui sont liées aux considérations en matière de santé publique sur lesquelles la mesure est fondée.

8. Sur la base de ces deux principes directeurs, les États-Unis estiment que certaines caractéristiques sont particulièrement pertinentes pour l'analyse du produit similaire. Premièrement, il faudrait attribuer un poids à certaines propriétés physiques qui sont différentes selon les produits comparés, non seulement dans la mesure où elles sont pertinentes pour l'évaluation du rapport de concurrence entre et parmi les produits, mais aussi parce qu'elles sont pertinentes pour les considérations en matière de santé publique sur la base desquelles l'article 907 a) 1) A) différencie les produits. Deuxièmement, il faudrait aussi attribuer un poids aux goûts et préférences des consommateurs – qui découlent des caractéristiques physiques pertinentes et qui ont d'importantes conséquences pour la santé publique.

9. La présence physique de clous de girofle dans les cigarettes aux clous de girofle est particulièrement pertinente. Le mélange à parts presque égales de clous de girofle et de tabac dans les cigarettes aux clous de girofle les singularise aux yeux des consommateurs pour ce qui est de leur goût et de leur parfum. Les consommateurs choisissent les cigarettes aux clous de girofle parce qu'elles contiennent des clous de girofle, et ils choisissent les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées en raison de l'arôme qui caractérise ces cigarettes. De plus, les cigarettes aux clous de girofle contiennent une "sauce spéciale" que les fabricants mettent expressément en avant comme caractéristique physique distinctive. Troisièmement, les clous de girofle (et peut-être d'autres arômes se trouvant dans la "sauce spéciale") contiennent de l'eugénol, dont les éléments de preuve donnent fortement à penser qu'il crée une sensation d'engourdissement qui différencie les cigarettes aux clous de girofle des autres cigarettes, y compris des cigarettes mentholées.

10. Ces caractéristiques physiques, propres aux cigarettes aux clous de girofle, ont un rapport direct avec les goûts et préférences des consommateurs. Les choix et les modes de consommation de ces derniers sont aussi particulièrement pertinents pour les considérations en matière de santé publique sur la base desquelles l'article 907 a) 1) A) établit la distinction entre les cigarettes. L'article 907 a) 1) A) est fondé sur la constatation selon laquelle les cigarettes ayant des arômes caractérisants (autres que le tabac ou le menthol) sont particulièrement attrayantes pour les jeunes dont la tranche d'âge correspond à la période d'initiation et beaucoup moins pour les adultes plus âgés.

11. La position des États-Unis selon laquelle il faudrait attribuer un grand poids à certaines particularités physiques en raison de leur lien avec les goûts et habitudes des consommateurs, les modes de consommation et le risque particulier pour la santé publique en cause en l'espèce est compatible avec l'approche suivie dans l'affaire *CE – Amiante*. Dans son rapport sur cette affaire, l'Organe d'appel a examiné tour à tour chacun des quatre critères et il leur a ensuite attribué un poids chaque fois qu'il a jugé approprié de conclure que la caractéristique physique particulière de la toxicité était importante dans les circonstances données. Et la toxicité relative des produits était directement pertinente pour le but de la mesure contestée, qui visait à protéger la santé publique en interdisant l'amiante à cause de son niveau de toxicité.

12. Les caractéristiques des clous de girofle mentionnées plus haut sont les plus pertinentes, et il faudrait leur attribuer un poids important. Même l'examen des autres facteurs montre que, ceux-ci n'étaient pas l'argument de l'Indonésie selon lequel les cigarettes aux clous de girofle sont similaires aux autres types de cigarettes. Les cigarettes aux clous de girofle sont différentes des cigarettes au tabac ou mentholées dans toutes les catégories traditionnelles – propriétés physiques, goûts et habitudes des consommateurs, utilisations finales et classement tarifaire.

13. L'Indonésie voudrait que le Groupe spécial examine l'allégation relative au "traitement moins favorable" sans tenir compte du contexte des Accords pertinents et sur la base d'un point de vue radical qui a été catégoriquement rejeté par l'Organe d'appel. Elle estime que tous les différents types

de cigarettes sont un seul "produit similaire", et que si *n'importe quelle* cigarette nationale est autorisée au titre de l'article 907 a) 1) A), la mesure accorde aux produits indonésiens un traitement moins favorable. Elle ne fonde cette opinion ni sur le texte de l'Accord sur l'OMC ni sur des constatations de l'Organe d'appel ou d'un groupe spécial de l'OMC, mais sur un seul rapport d'un groupe spécial du GATT (*États-Unis – Boissons à base de malt*).

14. Tout d'abord, les circonstances de la présente affaire sont différentes de celles (qui impliquent plusieurs mesures des États) de l'affaire *États-Unis – Boissons à base de malt*. En tout état de cause, l'approche du "meilleur traitement" préconisée par l'Indonésie est incompatible avec le libellé de l'article III:4 du GATT et de l'article 2.1 de l'Accord OTC. La comparaison pertinente doit se faire entre le traitement accordé aux "produits" importés et celui qui s'applique aux "produits" nationaux similaires – et non entre un seul produit importé et un seul produit national similaire. Il n'y a aucun fondement textuel permettant d'interpréter l'une quelconque des dispositions relatives au traitement national comme prévoyant un traitement appliqué à "un produit importé" qui n'est pas moins favorable que le traitement accordé à "un produit national".

15. Cette approche n'est pas non plus compatible avec le principe énoncé à l'article III selon lequel les mesures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale ni avec l'affirmation figurant dans l'Accord OTC selon laquelle les Membres peuvent prendre des mesures pour protéger la santé publique, y compris en spécifiant les caractéristiques des produits. Si le point de vue de l'Indonésie devait l'emporter – et s'il y avait manquement aux obligations en matière de traitement national lorsqu'un *seul* produit importé est soumis à des restrictions par une mesure et qu'un *seul* produit national similaire ne l'est pas – il serait sérieusement porté atteinte à la capacité des Membres d'adopter des règlements pour protéger la santé des personnes ou pour toute autre fin.

16. Par ailleurs, dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a rejeté l'approche du "meilleur traitement" avancée par l'Indonésie. Il a affirmé que la comparaison pertinente aux fins du "traitement moins favorable" ne devait pas se faire entre un produit importé et le produit national similaire le "mieux" traité, mais que "[l]e Membre plaignant [devait] [...] établir que la mesure accord[ait] au groupe des produits *importés* "similaires" "un traitement moins favorable" que celui qu'elle accord[ait] au groupe des produits *nationaux* "similaires"". Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel formule l'observation importante selon laquelle, dans la mesure où l'expression "produit similaire" figurant à l'article III:4 du GATT a une vaste portée, celle-ci est atténuée ou limitée du fait qu'"[u]n Membre peut [...] établir des distinctions entre des produits qui ont été jugés "similaires", sans accorder, pour cela, au groupe des produits *importés* "similaires" un "traitement moins favorable" que celui qui est accordé au groupe des produits *nationaux* "similaires"". Autrement dit, une mesure qui accorde un traitement différent à quelques produits importés par rapport quelques produits nationaux similaires sur la base, par exemple, de leurs caractéristiques en tant que cigarettes d'apprentissage (et non sur la base de leur origine) n'est pas une mesure qui accorde au "groupe des produits *importés* "similaires"" un traitement différent de celui accordé au "groupe des produits *nationaux* "similaires"". C'est une mesure qui accorde au groupe des produits qui sont des cigarettes d'apprentissage un traitement différent de celui qui est accordé au groupe des produits qui ne sont pas des cigarettes d'apprentissage.

17. Même si l'on fait abstraction de son argument erroné concernant le "meilleur traitement", l'Indonésie n'a pas démontré que l'article 907 a) 1) A) accordait un traitement moins favorable aux cigarettes importées. La question de savoir si une mesure accorde un traitement moins favorable dépend de la façon dont la mesure traite les produits importés par rapport aux produits nationaux. À cette fin, l'Organe d'appel a examiné si la mesure modifiait les conditions de concurrence au détriment des produits importés par rapport aux produits nationaux – mais il a clairement indiqué qu'une mesure ne modifiait *pas* les conditions de concurrence au détriment des produits importés lorsque le préjudice allégué "s'expliqu[ait] par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*". Par ailleurs, "[l]'expression "traitement moins favorable" exprime le principe général,

énoncé à l'article III:1, selon lequel les réglementations intérieures "ne devront pas être appliquées ... de manière à protéger la production nationale". En conséquence, le principe qui doit guider l'analyse est qu'une mesure ne doit pas cibler les importations sur la base de leur origine nationale de manière à protéger le produit national. Cela est aussi vrai en ce qui concerne l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui doit être interprété de façon à permettre des règlements techniques fondés sur des distinctions légitimes entre les produits – même dans les cas où ces distinctions peuvent avoir une incidence différente sur des produits différents.

18. En l'espèce, l'examen de toute allégation concernant un traitement moins favorable doit prendre en compte le fait que l'article 907 a) 1) A) est une mesure de santé publique. Des distinctions entre les produits qui sont fondées sur la façon dont les consommateurs utilisent les produits, et eu égard aux conséquences qui pourraient résulter de règlements différents, sont compatibles avec une approche liée à la santé publique. Par conséquent, en l'espèce, le fait que des cigarettes moins utilisées sont interdites ne devrait pas être confondu avec la discrimination à l'encontre de produits importés par rapport à des produits nationaux. Le fait que les clous de girofle sont visés par l'article 907 a) 1) A) n'a rien à voir avec leur origine nationale et est uniquement dû à la manière dont ils sont utilisés par des consommateurs aux États-Unis et à d'autres facteurs liés à la santé publique.

19. Le seul élément de preuve que l'Indonésie a présenté pour démontrer l'existence d'un traitement moins favorable est le fait que les cigarettes aux clous de girofle sont interdites par la mesure et que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées ne le sont pas. Cet élément de preuve est incomplet et est par ailleurs insuffisant pour établir l'existence d'un traitement moins favorable.

20. Le fait que l'article 907 a) 1) A) *affecte aussi les cigarettes nationales* est pertinent. Comme les États-Unis l'ont démontré, de 1999 à 2006 au moins, les cigarettiers des États-Unis, en particulier R.J. Reynolds, ont commercialisé intensivement une nouvelle gamme de produits aromatisés visant spécifiquement les jeunes, dans le cadre du plan d'affaires conçu pour rendre accro de nouveaux adeptes de la cigarette. Les éléments de preuve montrent que des cigarettes ayant des arômes caractérisants et produites aux États-Unis étaient présentes sur le marché en 2008 et 2009. Il n'apparaît pas que les États-Unis et l'Indonésie soient en désaccord sur le fait que, sans l'intervention des pouvoirs publics, les cigarettiers des États-Unis vendraient des cigarettes aromatisées sur le marché des États-Unis. La législation fédérale a joué un rôle capital pour écarter la menace. Répertoire des arômes présents sur le marché en 2009 ne permet de mesurer qu'une petite partie de l'effet de l'article 907 a) 1) A) sur les produits des États-Unis. Pour évaluer le marché dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, le Groupe spécial a considéré une période d'environ cinq ans antérieurs à la mesure. Dans la présente affaire, il est encore plus important de mesurer l'incidence de l'interdiction au vu des années qui l'ont précédée eu égard à la campagne très médiatisée contre les cigarettes ayant des arômes caractérisants qui a abouti à l'adoption de l'article 907 a) 1) A), et au fait incontesté que les producteurs des États-Unis vendraient leurs produits s'ils en avaient la possibilité.

21. Les États-Unis contestent aussi l'affirmation de l'Indonésie selon laquelle la part de marché des cigarettes nationales ayant des arômes caractérisants n'était pas "notable" ou "pertinente". L'article 907 a) 1) A) s'applique à un très petit pourcentage de tous les types et volumes de cigarettes vendues aux États-Unis. L'une des raisons pour lesquelles l'interdiction des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol est appropriée pour la santé publique aux États-Unis est le fait qu'elle s'applique à un nombre relativement faible de cigarettes, qui sont néanmoins importantes sur le plan de la santé publique, parce qu'elles attirent particulièrement les jeunes. Les cigarettes aux clous de girofle représentaient entre 0,06 pour cent et 0,13 pour cent du marché des États-Unis au cours de la période 2000-2009, et la part des autres arômes sur ce marché, qui était aussi très faible, devrait être considérée "pertinente" dans la mesure où la part des cigarettes aux clous de girofle est jugée pertinente. En conséquence, tant les produits importés que les produits des États-Unis sont affectés

par la mesure et, dans chaque cas, il s'agit de produits ayant une part relativement faible du marché. De plus, la grande majorité des cigarettes importées sont toujours autorisées au titre de la mesure.

22. Non seulement l'Indonésie n'a pas démontré que l'interdiction imposée par l'article 907 a) 1) A) ciblait les importations, mais elle n'a pas non plus démontré que tout préjudice pour les cigarettes aux clous de girofle était subordonné à leur origine étrangère. Comme l'Organe d'appel l'a déclaré dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, une mesure ne modifie pas les conditions de concurrence au détriment des produits importés lorsque le préjudice allégué "s'explique par des facteurs ou des circonstances *sans rapport avec l'origine étrangère du produit*, tels que la part de marché de l'importateur". L'Organe d'appel réaffirme en cette occasion le principe fondamental selon lequel l'analyse du "traitement" concerne les produits importés *par rapport* aux produits nationaux, et que les préjudices causés aux importations selon les allégations ne sont pas tous des éléments de preuve indiquant l'existence d'un traitement moins favorable – il faut déterminer, sur la base de tous les éléments de preuve pertinents, que le préjudice est subordonné à l'origine étrangère du produit. Ce principe est renforcé par le contexte de l'Accord OTC, qui reconnaît que les règlements techniques pourront légitimement "énonce[r] les caractéristiques d'un produit" et établir de ce fait une distinction entre les produits.

23. Le Groupe spécial *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* affirme ce point. Il a déterminé que l'Argentine n'avait pas dûment allégué l'existence d'un "traitement moins favorable" parce qu'il n'était pas évident que le "traitement moins favorable allégué des produits biotechnologiques importés s'expliqu[ait] par l'origine étrangère de ces produits plutôt que, par exemple, *une différence perçue* entre les produits biotechnologiques et les produits non biotechnologiques *pour ce qui [était] de leur sécurité sanitaire*, etc". Le Groupe spécial a en outre dit dans son raisonnement que l'allégation de l'Argentine selon laquelle la commercialisation des produits biotechnologiques importés n'était pas autorisée, alors que celle des produits non biotechnologiques correspondants l'était, constituait en elle-même une base insuffisante pour l'établissement d'une présomption de traitement moins favorable.

24. Les États-Unis font également observer ici qu'ils ne donnent pas à entendre que l'"intention subjective" d'une mesure est un facteur déterminant. Cependant, conformément à l'approche suivie par l'Organe d'appel dans des différends antérieurs portant sur l'article III, *il est* pertinent de procéder à "une analyse globale et objective de la structure de la mesure en question et de la manière dont elle est appliquée aux produits nationaux par rapport aux produits importés" pour déterminer si l'objectif de la mesure est de protéger la production nationale ou de réaliser un certain autre objectif légitime. En l'espèce, les éléments de preuve montrent que la conception, les principes de base et la structure de l'article 907 a) 1) A) sont compatibles avec une approche acceptable relative à la santé publique pour la réglementation des cigarettes. L'article 907 a) 1) A) vise à prohiber les types de cigarettes qui attirent particulièrement les jeunes, mais qui ne sont pas beaucoup consommés par les adultes. Le fait que les cigarettes aromatisées au tabac et les cigarettes mentholées ne sont pas interdites au titre de l'article 907 a) 1) A) n'est pas une "anomalie" de la conception, de la structure et du fonctionnement de la mesure. Dans la présente affaire, les faits, considérés conjointement, montrent que l'article 907 a) 1) A) énonce des caractéristiques des produits qui n'ont rien à voir avec leur origine et qu'il n'accorde donc pas aux cigarettes importées, y compris les cigarettes indonésiennes, un traitement moins favorable par rapport aux produits nationaux similaires.

B. L'INDONESIE N'A PAS ETABLI QUE L'ARTICLE 907 A) 1) A) ETAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

25. Pour prouver l'existence d'une violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, la partie plaignante doit établir que la mesure en cause est "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime". Comme les États-Unis l'ont analysé dans leur première communication écrite, si l'on interprète l'article 2.2 conformément aux règles coutumières d'interprétation du droit

international public, une mesure est "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" si: 1) il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable; 2) qui réalise l'objectif de la mesure au niveau que le Membre imposant la mesure considère approprié; et 3) qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce. L'Indonésie n'a pas établi, ni ne pouvait établir, qu'une telle mesure de rechange existait. Elle a aussi avancé une interprétation de l'article 2.2 qui était incompatible avec les règles coutumières d'interprétation des traités énoncées dans la Convention de Vienne et qui, ne devrait donc pas être retenue.

26. L'objectif de l'article 907 a) 1) A) est de protéger la santé publique en réduisant la prévalence du tabagisme chez les jeunes tout en évitant les conséquences négatives possibles associées à l'interdiction de produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Ces conséquences négatives sont les conséquences possibles pour les personnes, le système de soins de santé des États-Unis, et la société dans son ensemble qui découlent d'une expansion du marché noir déjà existant comme les États-Unis l'ont précisé dans leur première communication écrite. L'objectif de l'article 907 a) 1) A) est légitime pour toutes les raisons analysées dans la première communication écrite des États-Unis.

27. Par ailleurs, le niveau auquel les États-Unis considèrent approprié de protéger la santé publique correspond à l'action d'éliminer du marché, et non simplement d'en restreindre l'accessibilité, les produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes, sans toutefois éliminer du marché des produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants et dont le retrait précipité du marché pourrait avoir des conséquences négatives. L'article 907 a) 1) A) rend compte de ce niveau de protection. Les Membres ont le droit de choisir pour eux-mêmes "les objectifs de politique générale qu'ils souhaitent poursuivre et les niveaux auxquels ils souhaitent les poursuivre".

28. Le moyen par lequel l'article 907 a) 1) A) réalise son objectif légitime consiste à interdire les produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes sans interdire ceux auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. En particulier, en interdisant seulement les produits qui servent de cigarettes "d'apprentissage" pour les jeunes fumeurs et qui ne sont pas régulièrement consommés par les fumeurs adultes, à savoir les cigarettes ayant des arômes caractérisants qui attirent les jeunes, à l'exclusion des produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants, à savoir les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac, l'article 907 a) 1) A) réalise son objectif qui est de réduire le tabagisme chez les jeunes tout en évitant le risque de conséquences négatives sur la santé publique qui pourraient être associées à l'interdiction des cigarettes auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont dépendants.

29. Il apparaît que l'Indonésie axe son allégation au titre de l'article 2.2 sur son allégation selon laquelle l'article 907 a) 1) A) ne réalise pas son objectif légitime, et elle n'a fait que brièvement référence à l'existence possible de mesures de rechange. À ce titre, les États-Unis considèrent que l'Indonésie n'a jusqu'à ici même pas cherché à établir des éléments *prima facie* et qu'elle les a encore moins établis. Il est incontesté qu'il appartient à l'Indonésie d'établir chacun des éléments *prima facie*. Les éléments doivent comprendre des éléments de preuve suffisants indiquant qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce et qui réalise l'objectif de la mesure au niveau que les États-Unis considèrent approprié.

30. À plusieurs reprises, l'Indonésie qualifie à tort l'objectif de l'article 907 a) 1) A) comme consistant à "réduire le tabagisme chez les jeunes". C'est une simplification grossière et excessive de l'objectif de cet article, qui établit un équilibre entre différentes considérations en matière de santé publique résultant de l'utilisation de différentes classes de produits.

31. Pour ce qui est de déterminer l'objectif d'une mesure, l'Organe d'appel a indiqué que les groupes spéciaux devaient mettre l'accent sur le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure. Le texte, la conception, les principes de base et la structure

révélatrice de l'article 907 a) 1) B) établissent des distinctions entre les produits, en interdisant certains et en permettant à d'autres de continuer d'être produits et vendus aux États-Unis. Le texte est donc un moyen de contrebalancer des intérêts, ce qui est entièrement compatible avec les théories concernant l'élaboration de politiques de santé publique efficaces en général et de mesures de prévention du tabagisme en particulier. L'historique de l'élaboration de l'article 907 a) 1) B) confirme cette mise en balance complexe des intérêts, question dont l'Indonésie ne tient pas compte dans son analyse. L'Indonésie a donc tort de ne pas prendre en compte cette considération complexe de divers facteurs lorsqu'elle déclare que l'objectif de l'article 907 a) 1) A) est simplement de "réduire le tabagisme chez les jeunes".

32. Il apparaît également que l'Indonésie fait valoir que l'article 907 a) 1) A) ne réalise pas son objectif car il ne "réduit [pas] le tabagisme chez les jeunes" *de manière suffisante*, étant donné que la mesure n'interdit pas en même temps les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac, les deux types de cigarettes les plus populaires auprès de tous les groupes d'âge, y compris de ceux qui ont l'âge d'être initiés à la cigarette. Les États-Unis ont expliqué en détail dans la présente communication et dans des communications précédentes que rien dans les Accords de l'OMC ne les contraignait – ou contraignait n'importe quel Membre – à adopter uniquement des mesures de santé publique qui *élimineraient* le risque qu'elles visaient. En fait, le Préambule de l'Accord OTC indique clairement que "rien ne saurait empêcher un [Membre] de prendre les mesures ... nécessaires à la protection de la santé et de la vie des personnes ... aux niveaux qu'il considère appropriés".

33. Par ailleurs, l'Indonésie ne peut pas établir que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif en faisant valoir que cet article devrait contribuer davantage à son objectif. Elle doit montrer que, quelle que soit sa contribution à ses objectifs, l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire parce qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui réalise ses objectifs et qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce. C'est seulement s'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui i) réalise l'objectif de la mesure et ii) est sensiblement moins restrictive pour le commerce, qu'il est possible de conclure que la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif. L'Indonésie n'a pas fait et ne peut pas faire cette démonstration.

34. Il apparaît aussi que l'Indonésie soutient que l'article 907 a) 1) A) ne réalise pas son objectif parce que les États-Unis n'ont pas présenté d'éléments de preuve indiquant que les taux de tabagisme ont baissé depuis l'imposition de l'interdiction le 22 septembre 2009. L'Indonésie se méprend à la fois sur l'analyse juridique appropriée et sur les règles applicables à la charge de la preuve. S'agissant de l'analyse juridique appropriée, l'article 2.2 permet à un Membre d'adopter des règlements techniques qui visent à "réaliser un objectif légitime"; il n'impose pas au Membre adoptant la mesure l'obligation de prouver que la mesure a réussi à réaliser cet objectif.

35. L'Indonésie continue de faire de vagues références à des "douzaines" de mesures différentes qui s'appliquent à toutes les cigarettes, comme, par exemple, les restrictions visant la publicité. Elle n'a produit aucun élément de preuve indiquant que l'une quelconque de ces mesures réalise l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent approprié. Elle ne s'est donc pas acquittée de la charge qui lui incombe d'établir *prima facie* que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif.

36. Les mesures de rechange indiquées par l'Indonésie ne réaliseraient pas en fait les objectifs de l'article 907 a) 1) A) au niveau que les États-Unis considèrent approprié: elles continueraient toutes de permettre aux cigarettes d'apprentissage ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., de rester sur le marché. Les États-Unis imposent déjà des restrictions importantes à la publicité, à la commercialisation et à la vente des cigarettes. Conjointement avec les autres restrictions visant la publicité, la commercialisation et la vente de cigarettes mises en place aux

États-Unis, l'article 907 a) 1) A) fait partie d'une stratégie globale des États-Unis destinée à répondre aux préoccupations en matière de santé publique associées au tabagisme. Si les États-Unis remplaçaient un aspect de cette stratégie globale par un autre – par exemple en renonçant à l'article 907 a) 1) A) au lieu des restrictions déjà mises en place dans le pays – ils affaibliraient leur capacité générale de remédier à des problèmes très graves de santé publique qui sont associés au tabagisme. Toute mesure qui n'éliminerait pas du marché les cigarettes ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., que des dizaines de millions d'adultes ne fument pas, ne réalise pas l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent approprié.

37. L'Indonésie a implicitement suggéré, sans toutefois les indiquer formellement, trois mesures de rechange qui élimineraient les cigarettes d'apprentissage ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc.: 1) une mesure qui interdit toutes les cigarettes; 2) une mesure qui interdit toutes les cigarettes à l'exception de celles qui ont un arôme caractérisant de tabac (c'est-à-dire que le menthol, le clou de girofle et d'autres arômes seraient interdits); et 3) une mesure qui interdit toutes les cigarettes à l'exception de celles qui ont des arômes caractérisants de tabac, de menthol et de clou de girofle. Chacune de ces mesures de rechange est toutefois viciée et aucune d'entre elles n'établit que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire.

38. Aucune des deux premières mesures de rechange n'est moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A), et à plus forte raison "sensiblement" moins restrictive. Ce point suffit en lui-même et à lui seul pour établir que ces mesures de rechange possibles ne sont *pas* des mesures de rechange raisonnablement applicables qui sont sensiblement *moins* restrictives pour le commerce et qui réalisent l'objectif de l'article 907 a) 1) A). De plus, aucune d'entre elles ne réalise l'objectif de cet article. En particulier, en même temps qu'elles éliminent du marché les cigarettes d'apprentissage, elles élimineraient également du marché les cigarettes auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Elles ne réaliseraient donc pas un élément essentiel de l'objectif de l'article 907 a) 1) A), à savoir éviter les conséquences négatives possibles pour la santé associées à l'interdiction des cigarettes auxquelles des dizaines de millions d'adultes sont dépendants.

39. L'Indonésie fait aussi référence à une troisième mesure de rechange possible: toutes les cigarettes sont interdites à moins qu'elles n'aient un arôme caractérisant de tabac, de menthol ou de clou de girofle. Cette mesure de rechange ne réalise pas l'objectif de l'article 907 a) 1) A) car elle n'éliminerait pas du marché les produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes; elle laisserait en fait sur le marché une partie des produits qui sont consommés de façon disproportionnée par les jeunes (c'est-à-dire les cigarettes aux clous de girofle).

40. L'Indonésie soutient qu'étant donné la "similitude entre le texte de l'article XX du GATT de 1994 et de son alinéa b), d'une part, et celui de l'article 2.2 et du Préambule de l'Accord OTC, d'autre part", le Groupe spécial doit examiner les rapports dans lesquels des groupes spéciaux et l'Organe d'appel ont analysé l'article XX du GATT pour comprendre ce que l'article 2.2 de l'Accord OTC exige des Membres. L'UE soutient en outre que le Groupe spécial ne peut toutefois pas limiter à son analyse à ce stade, mais qu'il doit aller plus loin et déterminer si la mesure est incompatible avec le texte introductif de l'article XX du GATT pour savoir si le Membre a agi d'une manière compatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC. Aucun de ces arguments n'est conforme aux dispositions de la Convention de Vienne et ils devraient être rejetés l'un et l'autre.

41. Le texte de l'article 2.2, lu dans son contexte et à la lumière de l'objet et du but de l'Accord OTC, signifie qu'une mesure est "plus restricti[ve] pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime" s'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui réalise les objectifs de la mesure et qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce. En conséquence, pour prouver que la mesure contestée est incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC, l'Indonésie doit établir: 1) qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement

applicable; 2) que cette mesure réalise les objectifs des dispositions des États-Unis au niveau que ceux-ci ont jugé approprié; et 3) qu'elle est sensiblement moins restrictive pour le commerce.

42. Au lieu d'appliquer une interprétation de l'article 2.2 qui est fondée sur les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, l'Indonésie adopte une interprétation de l'article 2.2 de l'Accord OTC qui est fondée sur l'interprétation que des groupes spéciaux antérieurs et l'Organe d'appel ont donnée de l'article XX du GATT de 1994. Il ne serait pas approprié d'appliquer la même approche interprétative que celle qui est suivie par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel en ce qui concerne le mot "nécessaire" apparaissant à l'article XX du GATT de 1994 pour analyser si une mesure est "plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire" au sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En particulier, le mot "nécessaire" est utilisé à l'article XX du GATT de 1994 dans un contexte très différent de celui de l'article 2.2 de l'Accord OTC. De plus, il n'y a aucun fondement textuel qui permette d'appliquer à l'article 2.2 de l'Accord OTC l'approche suivie par des groupes spéciaux et l'Organe d'appel pour l'interprétation de l'article XX du GATT de 1994.

43. La position de l'UE selon laquelle le Groupe spécial doit appliquer le texte introductif de l'article XX du GATT pour déterminer si une mesure est compatible avec l'article 2.2 est dénuée de fondement, pour quatre raisons au moins. Premièrement, l'argument, de l'UE ne tient pas compte du principe le plus fondamental de l'interprétation des traités – à savoir qu'il faut examiner le texte effectivement utilisé par les rédacteurs. Le texte introductif de l'article XX est un libellé impératif: il dit clairement que chacune des exceptions prévues à l'article XX est applicable "sous réserve" que la mesure satisfasse aux prescriptions du texte introductif. Par contre, le Préambule de l'Accord OTC contient un libellé semblable: ce libellé n'implique aucune conséquence au titre de l'Accord, mais peut être utilisé comme moyen d'interprétation des dispositions impératives de l'Accord. Deuxièmement, l'UE a simplement tort de dire que son point de vue permet d'éviter des "évaluations juridiques discordantes" entre les deux Accords. Au contraire, la lecture proposée par l'UE donnerait lieu à des évaluations juridiques discordantes. L'UE exigerait que chacune des mesures OTC satisfasse aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. Or il n'existe pas de prescription semblable selon laquelle toutes les mesures relevant du champ d'application du GATT de 1994 doivent satisfaire aux prescriptions du texte introductif de l'article XX. En fait, les prescriptions du texte introductif ne s'appliquent que dans le cas où une mesure est incompatible avec une obligation prévue dans le GATT et si le Membre défendeur essaie ensuite de justifier cette mesure par ailleurs incompatible avec les dispositions du GATT en invoquant l'une des exceptions prévues à l'article XX. Troisièmement, l'argument, de l'UE ne tient pas compte du fait que le but exprimé dans le texte introductif de l'Accord OTC (éviter des mesures qui établissent une discrimination injustifiable entre les Membres) figure effectivement dans les dispositions impératives de l'Accord OTC, bien qu'il soit absent de l'article 2.2. En effet, l'article 2.1 traite ces préoccupations en exigeant que les règlements techniques accordent aux produits importés un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux produits similaires d'origine nationale et aux produits similaires originaires de tout autre pays. En fait, si l'argument de l'UE était admis (et si cela revient à donner des prescriptions du texte introductif de l'article XX une lecture qui les inclut dans l'article 2.2 de l'Accord OTC, il semblerait rendre inutile l'article 2.1 de l'Accord OTC. Quatrièmement, il ne serait ni surprenant ni inquiétant que l'analyse au titre du GATT de 1994 et celle qui est effectuée au titre de l'Accord OTC parviennent à des résultats différents pour la même mesure. Les deux Accords contiennent des termes différents et des obligations différentes, et peuvent donc s'appliquer de manière différente à la même mesure. De fait, si le GATT de 1994 traitait déjà toutes les questions visées par l'Accord OTC, il n'y aurait eu aucune raison d'inclure l'Accord OTC dans les Accords du Cycle d'Uruguay.

ANNEXE D

**RÉSUMÉS ANALYTIQUES DES DÉCLARATIONS ORALES DES PARTIES
AUX PREMIÈRE ET DEUXIÈME RÉUNIONS DE FOND**

Table des matières		Page
Annexe D-1	Résumé analytique de la déclaration liminaire de l'Indonésie à la première réunion de fond	D-2
Annexe D-2	Résumé analytique de la déclaration orale liminaire des États-Unis à la première réunion de fond	D-8
Annexe D-3	Déclaration finale de l'Indonésie à la première réunion de fond	D-14
Annexe D-4	Déclaration finale des États-Unis à la première réunion de fond	D-15
Annexe D-5	Résumé analytique de la déclaration liminaire de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond	D-17
Annexe D-6	Résumé analytique de la déclaration orale liminaire des États-Unis à la deuxième réunion de fond	D-24
Annexe D-7	Déclaration finale de l'Indonésie à la deuxième réunion de fond	D-30

ANNEXE D-1

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION LIMINAIRE DE L'INDONÉSIE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

I. INTRODUCTION

1. Dans le présent différend, l'Indonésie a contesté la "règle spéciale pour les cigarettes" énoncée à l'article 101 b), qui interdisait la production ou la vente aux États-Unis de certaines cigarettes qualifiées d'"aromatisées". L'Indonésie n'est pas opposée à ce que les États-Unis réglementent la production ou la vente des cigarettes à l'intérieur de leurs frontières. Elle n'est pas non plus opposée à des mesures raisonnables visant à empêcher les mineurs de se procurer des cigarettes, y compris des cigarettes aux clous de girofle. Ce qu'elle conteste, c'est une mesure, en l'espèce la Règle spéciale, qui impose une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie, alors qu'il n'y a pas ou guère de restrictions visant les cigarettes ordinaires et les cigarettes mentholées, qui sont produites aux États-Unis et sont très populaires auprès des mineurs. La Règle spéciale est discriminatoire et plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour répondre aux préoccupations des États-Unis concernant le tabagisme chez les jeunes.

II. ARTICLES III.4 DU GATT ET 2.1 DE L'ACCORD OTC

A. TRAITEMENT MOINS FAVORABLE

2. Selon les États-Unis, l'article III:4 prohibe uniquement les mesures qui accordent un traitement moins favorable aux importations "sur la base de leur origine nationale". Il apparaît que les États-Unis entendent l'expression "sur la base en fonction de l'origine nationale" comme signifiant "de manière à protéger la production nationale". Selon eux, les Membres ne peuvent pas accorder un traitement moins favorable à des importations si ce traitement vise à protéger la production nationale du produit similaire.

3. Dans l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel (citant son rapport sur l'affaire *Japon – Boissons alcooliques II*) a dit qu'il n'était pas nécessaire que les groupes spéciaux examinent les "intentions subjectives des législateurs ou des autorités réglementaires". Ce qui compte c'est la manière dont la mesure en question est "appliquée". Il est certain qu'il n'a jamais été indiqué dans aucun rapport de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel que l'article III:4 du GATT prévoyait un critère du "traitement moins favorable" et un second critère "protéger la production nationale".

4. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf* et d'autres affaires, l'Organe d'appel a dit très clairement ce qu'il fallait démontrer pour prouver l'existence d'une violation de l'article III:4:

"... trois éléments doivent être réunis: les produits importés et les produits nationaux en cause doivent être des "**produits similaires**"; la **mesure en cause doit être "une loi ... affectant la vente ... de ces produits sur le marché intérieur**"; et les produits importés doivent être soumis à un **traitement "moins favorable"** que celui accordé aux produits nationaux similaires."

5. Dans l'affaire *Corée – Diverses mesures affectant la viande de bœuf*, l'Organe d'appel a défini l'expression "traitement non moins favorable" comme signifiant "ne pas soumettre le produit importé à des conditions de concurrence moins favorables que celles dont bénéficie le produit national similaire". Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a constaté en outre que "[s]i un traitement

moins favorable [était] accordé au ... produit[] importé[] ..., une "protection" [était] à l'inverse accordée au ... produit[] nationa[l] "similaire[]"".

6. Le Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool* a constaté dans son rapport qu'une mesure mexicaine, qui imposait une taxe de 20 pour cent sur l'utilisation d'édulcorants autres que le sucre de canne (tels que le sirop de maïs à haute teneur en fructose), établissait une discrimination à l'encontre des importations parce que les édulcorants produits au Mexique au moment où la taxe avait été adoptée étaient essentiellement du sucre de canne, alors que la quasi-totalité des édulcorants importés était du sirop de maïs à haute teneur en fructose. Le Groupe spécial a examiné la question de savoir si la mesure contestée accordait un "traitement moins favorable" aux importations. Ce faisant, il n'a pas appliqué de critère additionnel pour ce qui était de savoir si le traitement moins favorable était appliqué "sur la base de l'origine nationale" ou si ce traitement visait à "protéger la production nationale du produit similaire". Au lieu de cela, il a examiné deux groupes de produits similaires, l'un composé surtout de produits importés et l'autre de produits fabriqués au Mexique. Il a examiné un régime fiscal qui s'appliquait aux produits importés et exonérait le produit national similaire, non pas *de jure*, mais *de facto*. Enfin, il a examiné en quoi le traitement fiscal différent pénalisait les consommateurs du produit importé. C'est sur cette base et cette base seulement qu'il a constaté l'existence d'un traitement moins favorable.

7. Dans la présente affaire, si les États-Unis ne sont pas prêts à interdire les cigarettes mentholées, alors ils ne peuvent pas interdire les cigarettes aux clous de girofle. Pourquoi donc les États-Unis n'ont-ils pas interdit les cigarettes mentholées? Parce que Philip Morris y est opposé. Philip Morris a fait pression sur le Congrès ... et, comme un analyste de l'industrie l'a dit, le Congrès "a capitulé". Lorsque le Président de l'une des commissions compétentes du Congrès ayant examiné le projet de loi, M. John Dingell, a été invité à se prononcer sur l'idée d'interdire les cigarettes mentholées, il ne s'est pas dit préoccupé par un marché noir ou par une charge excessive résultant pour le système de santé publique aux États-Unis des personnes ayant besoin d'aide pour cesser de fumer. Il a parlé des pertes potentielles d'emplois – des emplois aux États-Unis dans la fabrication de cigarettes mentholées!

B. PRODUIT SIMILAIRE

8. L'une des principales questions dont le Groupe spécial est saisi est de savoir si les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" à des cigarettes produites aux États-Unis qui ne sont pas interdites par la Règle spéciale. En l'espèce, la toxicité relative des cigarettes aux clous de girofle et des cigarettes nationales n'est pas en cause. Les États-Unis ont admis que les cigarettes aux clous de girofle n'étaient pas plus dangereuses ou toxiques que les cigarettes aromatisées au menthol et les cigarettes aromatisées au tabac. Comme l'Organe d'appel l'a indiqué dans l'affaire *CE – Amiante*, les produits similaires présenteront souvent "un certain nombre de *caractéristiques* ou de *qualités* identiques ou semblables" qui sont suffisantes pour qu'il existe un rapport de concurrence entre eux.

9. Les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires ont les mêmes *propriétés* et *caractéristiques* physiques: elles contiennent des substances aromatisantes spéciales qui sont mêlées au tabac pour donner l'arôme spécifique souhaité, et se présentent au consommateur enroulées dans du papier et munies d'un filtre. Les trois types de cigarettes répondent à la définition d'une cigarette établie par les États-Unis et relèvent tous de la même catégorie taille/poids aux fins fiscales. Les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées contiennent aussi des quantités importantes d'ingrédients alimentaires, comme du chocolat, de la réglisse, des sucres, du miel, du sirop d'érable, des jus, du café, de l'huile de maïs et du vinaigre. Les ingrédients aromatisants utilisés dans les cigarettes "mélange américain" sont très semblables à ce qui entre dans la "sauce" des cigarettes aux clous de girofle: par exemple, de la vanille, des sucres, de la menthe, de la réglisse, des concentrés de fruits et des alcools. Les États-Unis allèguent que l'eugénol contenu dans les cigarettes aux clous de girofle engourdit la gorge et permet aux fumeurs non initiés de supporter plus facilement

l'inhalation de la fumée. Des recherches plus récentes sur les animaux ont jeté un doute sur cette hypothèse. Et, surtout, des préoccupations semblables ont également été soulevées au sujet des cigarettes mentholées.

10. L'Indonésie convient que les cigarettes sont utilisées en définitive pour fumer du tabac et apporter de la nicotine au corps. Les États-Unis ont laissé entendre que les différences dans la composition physique des cigarettes aux clous de girofle modifient l'expérience des fumeurs car ceux qui les fument tirent de plus grosses bouffées et le font plus souvent. D'après la conclusion d'un rapport de 1988 du Directeur général de la santé, les fumeurs s'exposent à toute la fumée nécessaire pour obtenir une quantité spécifique et satisfaisante de nicotine. Des résultats d'études confirment que les niveaux de nicotine dans le sang et les rythmes cardiaques étaient exactement les mêmes chez une personne ayant fumé une cigarette aux clous de girofle et une cigarette ordinaire. Il n'existe pas de données indiquant que l'"expérience" des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle soit différente de celle des fumeurs de cigarettes mentholées ou de cigarettes ordinaires ou que l'apport de nicotine soit différent.

11. Je voudrais dire tout d'abord que les États-Unis ont totalemtent tort lorsqu'ils allèguent que les cigarettes aux clous de girofle sont majoritairement fumées par les jeunes (États-Unis, paragraphe 185). Les États-Unis n'ont pas fourni le moindre élément de preuve pour étayer cette allégation. *L'étude Klein* était axée sur la consommation de trois marques très commercialisées, dont deux étaient des marques de cigarettes mentholées. Aucune des trois marques n'était une marque de cigarettes aux clous de girofle. L'étude Klein n'a produit aucune donnée concernant la consommation de cigarettes aux clous de girofle par les jeunes ou les adultes. Il n'est pas raisonnable de conclure que les résultats de cette étude s'appliquent à toutes les cigarettes aromatisées.

12. Les États-Unis citent plusieurs autres études comme éléments de preuve indiquant que les cigarettes aux clous de girofle sont "fumées majoritairement par les jeunes". La *National Youth Tobacco Study* et les études *Monitoring the Future* citées par les États-Unis ne mesurent même pas la consommation de cigarettes par les adultes afin de permettre une comparaison entre la consommation des jeunes et celle des adultes. En outre, les auteurs de *Monitoring the Future* indiquent ce qui suit: "Les enquêteurs concluent que la consommation de kreteks était une mode éphémère qui n'a tout simplement pas pris chez les jeunes." Ce que montrent les éléments de preuve, y compris les propres éléments de preuve des États-Unis, c'est que les cigarettes aromatisées au menthol sont beaucoup plus populaires chez les jeunes. Dans toutes les études fournies par les États-Unis, le taux de consommation de cigarettes mentholées par les jeunes est de plusieurs fois plus élevé que celui de la consommation de cigarettes aux clous de girofle.

13. Par ailleurs, en ce qui concerne le comportement des consommateurs, l'Indonésie et les États-Unis conviennent que les consommateurs de cigarettes aux clous de girofle fument également des cigarettes ordinaires et des cigarettes mentholées. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a expliqué comme suit l'analyse du comportement des consommateurs: "la mesure dans laquelle les consommateurs sont disposés à utiliser les [deux] produits pour remplir [la] fonction [de leur utilisation finale]". Les États-Unis n'ont fourni aucun élément de preuve indiquant que les consommateurs ne sont pas disposés à utiliser les trois cigarettes pour l'utilisation finale, soit l'acte de fumer. En fait, les États-Unis admettent que 75 pour cent de ceux qui fument des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées fument également des cigarettes aux clous de girofle. Cela devrait constituer un élément de preuve suffisant pour indiquer que les consommateurs sont disposés à utiliser des cigarettes aux clous de girofle, des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires aux fins de l'utilisation finale, à savoir fumer, et que les produits sont "interchangeables" et "substituables".

14. Les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires relèvent du même classement tarifaire au niveau international.

15. Aucun des points soulevés par les États-Unis ne montre de différences notables entre les cigarettes aux clous de girofle, les cigarettes mentholées et les cigarettes ordinaires qui rendraient les produits non "similaires". Il n'est pas nécessaire que les produits soient identiques pour qu'ils soient "similaires". Les distinctions ténues mentionnées par les États-Unis sont sans importance. Les États-Unis demandent effectivement au Groupe spécial de constater qu'une tasse de café qui contient du lait et du sucre n'est pas similaire à du café noir ou qu'une automobile ayant des sièges en cuir n'est en quelque sorte pas similaire, à une automobile dont les sièges sont en tissu.

III. QUESTIONS ADDITIONNELLES CONCERNANT L'ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

16. L'Indonésie est préoccupée à plusieurs titres par les arguments présentés par les États-Unis au sujet de l'interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Les États-Unis ne contestent pas l'affirmation selon laquelle l'article 907 est un "règlement technique" au sens de l'Accord OTC. Ils ont cherché à ajouter une prescription "sur la base de l'origine nationale" à l'article III:4. Pour les raisons déjà mentionnées, cette tentative est vouée à échec. Comment les États-Unis peuvent-ils penser que cette même prescription (ou ce même critère) s'applique à l'article 2.1 de l'Accord OTC? Nous avons beaucoup de mal à comprendre ce que sont les différences "textuelles" et "contextuelles" alléguées entre l'Accord OTC et, j'imagine, le GATT.

17. Enfin, l'Indonésie souscrit à l'idée, avancée apparemment par les États-Unis, qu'il ne s'ensuit pas automatiquement, du simple fait qu'un ensemble de produits est soumis à un règlement technique, qu'il s'agit de produits "similaires" au sens de l'Accord OTC. Nous pouvons facilement imaginer un scénario dans lequel, par exemple, un règlement technique vise des "aliments" ou, disons, des "jouets". Toutefois, ici, en l'espèce, nous ne devrions pas perdre de vue le fait que l'article 907 s'applique à un sous-ensemble de produits aussi spécifiques que les "cigarettes aromatisées", et non à toutes les cigarettes aromatisées, mais seulement à certaines cigarettes aromatisées.

IV. ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

18. L'article 2.2 dispose qu'un règlement technique ne peut pas être plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un "objectif légitime". Lorsqu'ils effectuent cette évaluation, les Membres et les groupes spéciaux peuvent tenir compte des risques que la non-réalisation de l'objectif entraînerait. L'un des exemples spécifiques d'"objectif légitime" mentionnés à l'article 2.2 est la "protection de la santé des personnes".

19. Les États-Unis déclarent que l'"objectif légitime" de l'interdiction des cigarettes aux clous de girofle était a) de réduire le tabagisme chez les jeunes afin de protéger la santé publique, tout en b) "tenant compte" des conséquences "inconnues, mais éventuellement négatives", résultant de l'interdiction de produits (par exemple, les cigarettes mentholées) auxquels des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Étant donné l'importance qu'ils attachent à la santé publique, les États-Unis disent qu'ils ont choisi un niveau de protection élevé – une interdiction complète des cigarettes aux clous de girofle et de certaines autres cigarettes aromatisées.

20. Les États-Unis soutiennent que l'Indonésie n'a pas établi qu'il existait une mesure de rechange qui réalise leur objectif légitime au niveau qu'ils considéreraient approprié et qui soit "sensiblement" moins restrictive pour le commerce que l'article 907. Selon eux, "une mesure qui réalise l'objectif légitime d'un Membre au niveau que celui-ci juge approprié n'est pas, *en droit*, plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire à moins que le Membre plaignant ne prouve qu'il existe une mesure de rechange qui est raisonnablement applicable, qui réalise également l'objectif légitime du Membre défendeur au niveau que le Membre importateur juge approprié et qui est *sensiblement* moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée".

21. Une seule question se pose au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC: était-il "nécessaire" d'interdire les cigarettes aux clous de girofle afin de protéger les jeunes du tabagisme? En toute logique, la réponse doit être "négative". Entre 2,2 et 2,5 millions de personnes âgées de moins de 18 ans fument des cigarettes aux États-Unis. De ce nombre, environ 1,1 million de personnes (soit 43 pour cent) fument régulièrement des cigarettes mentholées. En comparaison, il n'y a que 6 800 mineurs qui fument régulièrement des cigarettes aux clous de girofle. Si l'objectif, légitime ou non, de l'interdiction était de protéger les jeunes du tabagisme et que les États-Unis n'ont pas interdit la cigarette que les jeunes fument majoritairement, comment aurait-il pu être vraiment "nécessaire" d'interdire la cigarette que la plupart d'entre eux ne fument pas? Soit il est nécessaire d'interdire les cigarettes aromatisées pour protéger la santé publique soit cela ne l'est pas. Les États-Unis ne peuvent pas avoir fait valoir une chose et son contraire.

22. Les groupes spéciaux de l'OMC et l'Organe d'appel ont été d'avis que pour déterminer si une mesure était "nécessaire" à la réalisation d'un objectif de santé publique légitime, il était pertinent d'examiner la contribution effective de la mesure à la réalisation de l'objectif. Le meilleur moyen d'établir quelles cigarettes sont des cigarettes de débutant ou d'apprentissage n'est-il pas de déterminer celles que les jeunes fument le plus souvent? Comment la mesure peut-elle contribuer à réduire le tabagisme chez les jeunes si les cigarettes qu'ils fument ne sont pas interdites?

23. Les États-Unis font valoir que le critère "nécessaire" figurant à l'article 2.2 ne devrait pas être interprété à la lumière du critère "nécessaire" figurant à l'article XX du GATT, mais plutôt eu égard à l'article 5.6 de l'Accord SPS. En particulier, ils estiment que le rapport de l'Organe d'appel sur l'affaire *Australie – Saumons* impose l'obligation de montrer qu'il existe une mesure de rechange à la Règle spéciale qui 1) est raisonnablement applicable compte tenu de la faisabilité technique et économique; 2) réalise le niveau de protection de la santé des personnes considéré approprié par les États-Unis; et 3) est sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée.

24. J'ai beaucoup de mal à comprendre en quoi le critère "nécessaire" figurant à l'article 5.6 de l'Accord SPS peut être plus instructif en ce qui nous concerne que le critère "nécessaire" figurant à l'article XX du GATT. En tout état de cause, même si l'article 5.6 éclaire le sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC, il n'éclaire tout au plus qu'une partie de l'article 2.2. En application de l'article 2.2, il doit être montré que le Membre a indiqué un objectif de politique publique et que la mesure (c'est-à-dire, le règlement technique) choisie "réalise" cet objectif. Si la mesure n'a aucun lien rationnel avec l'objectif et donc ne le "réalise" pas, les questions relatives à la nécessité et aux mesures de rechange raisonnablement applicables ne présentent plus d'intérêt.

25. Il en est de même pour l'article 5.6 de l'Accord SPS. À cet égard, la question des mesures SPS de rechange et moins restrictives pour le commerce ne se pose pas si la mesure elle-même n'est pas établie ni maintenue au niveau approprié nécessaire pour "réaliser" l'objectif recherché, ce qui exige nécessairement un examen du fondement scientifique de la mesure conformément à l'article 2.2 de l'Accord SPS. L'Indonésie n'est pas tenue de prouver qu'une mesure de rechange à la Règle spéciale était raisonnablement applicable, qui aurait accompli les mêmes choses que la Règle spéciale et aurait été "sensiblement" moins restrictive pour le commerce que la Règle spéciale. Nous n'avons pas à aborder cette question parce que la mesure en question (c'est-à-dire, la Règle spéciale) ne réalise pas l'objectif défini par les États-Unis, à savoir la réduction du tabagisme chez les jeunes.

26. L'affirmation réitérée selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle visent les jeunes, les attirent particulièrement et sont pour eux des cigarettes de débutant ou d'"apprentissage" est dénuée de fondement en fait et de fondement scientifique, et, par conséquent, la Règle spéciale n'a aucun lien rationnel avec l'objectif, légitime ou non, poursuivi par les États-Unis

V. ALLÉGATIONS ADDITIONNELLES AU TITRE DE L'ACCORD OTC

27. L'Indonésie a formulé des allégations au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC. Elle a montré que les États-Unis ne s'étaient pas acquittés de leurs obligations au titre de chacun de ces articles lors de l'adoption et de la mise en œuvre de la Règle spéciale. Les États-Unis soutiennent qu'ils ont rempli leurs obligations en ce qui concerne chacun de ces engagements. Cependant, si les actions minimales menées par les États-Unis sont considérées suffisantes pour assurer la conformité avec ces engagements, alors les dispositions en question de l'Accord OTC seraient en grande partie vidées de leur sens. L'Indonésie déclare au Groupe spécial que si l'Accord OTC doit effectivement avoir un sens, pour chacune de ses allégations au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.2, il faut certainement plus que ce que les États-Unis estiment suffisant pour qu'il y ait conformité.

ANNEXE D-2

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE LIMINAIRE DES ÉTATS-UNIS À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Les cigarettes sont un produit unique – elles créent une forte dépendance, elles sont très largement consommées, elles sont nocives pour la santé publique et elles sont légales. La combinaison de ces facteurs crée des problèmes complexes pour les pouvoirs publics, qui doivent protéger la santé publique et sont donc obligés de trouver le bon compromis entre faire ce qu'il faut et provoquer des dégâts. Étant donné cette situation complexe, il n'est pas surprenant que les États-Unis, comme de nombreux pays, aient adopté une approche progressive de cette question – en appliquant des prohibitions et des prescriptions limitées, mesure par mesure, sur des points particuliers.
2. La *Loi de 2009 sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial* (la "Loi sur le contrôle du tabac") est une législation anti-tabac et relative à la santé publique qui impose de nombreuses restrictions aux fabricants de cigarettes, ainsi qu'à d'autres. Toutes les prescriptions de la Loi sur le contrôle du tabac qui limitent la vente et la commercialisation de cigarettes ainsi que la publicité y relative sont neutres quant à l'origine. Ces dispositions visent toutes à protéger la santé publique en réduisant le tabagisme, en particulier chez les jeunes; elles ne protègent pas les sociétés des États-Unis de la concurrence étrangère ni ne leur procurent des avantages économiques par ailleurs.
3. Les données des études pertinentes telles qu'elles sont mises en évidence dans la pièce US-53 établissent que les cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées non mentholées relèvent de modes de consommation semblables et qu'elles sont consommées d'une manière disproportionnée par de jeunes fumeurs. Ainsi, les données les plus fiables indiquent que 5,5 pour cent des fumeurs âgés de 12 à 25 ans fument des cigarettes aux clous de girofle, contre seulement 1 pour cent des fumeurs âgés de 26 ans et plus. De même, l'âge du fumeur est déterminant pour la question de savoir qui fume d'autres produits prohibés, tels que les cigarettes aromatisées au chocolat, à la cerise et à la vanille. D'après les données disponibles, près de 12 pour cent des fumeurs âgés de 12 à 25 ans fument ces types de produits aromatisés, contre un peu plus de 6 pour cent seulement des fumeurs âgés de 26 ans et plus. En chiffres absolus, les éléments de preuve indiquent que relativement peu d'adultes fumaient principalement des cigarettes aromatisées aux clous de girofle ou au chocolat, ou d'autres cigarettes aromatisées interdites, avant la promulgation de la Loi sur le contrôle du tabac. Par contre, il ressort d'une vaste étude qu'environ un tiers des fumeurs âgés de 12 à 25 ans fument des cigarettes mentholées de même qu'une proportion semblable des fumeurs âgés de 26 ans et plus. En chiffres absolus, il est estimé que les cigarettes mentholées sont fumées par 1,1 million de personnes âgées de 12 à 17 ans et 18 millions de personnes âgées de 18 ans et plus.
4. Cela dit, dans ce débat sur les statistiques, nous ne devons pas perdre de vue le fait que ces chiffres représentent des personnes bien réelles qui sont exposées à des risques de maladies graves et de décès. Si les tendances actuelles concernant le tabagisme chez les jeunes ne s'améliorent pas, plus de 6 millions des jeunes actuels mourront prématurément aux États-Unis à cause du tabagisme. Mais, comme des millions de jeunes fument ou risquent de commencer à le faire, des changements même mineurs dans la prévalence de jeunes fumeurs se traduisent par des dizaines de milliers de vies sauvées.
5. Pour remédier à la crise de santé publique que constitue le tabagisme, les États-Unis, et tous les autres Membres qui envisagent une législation anti-tabac, doivent appliquer des mesures qui visent à trouver le bon compromis de façon à donner des résultats positifs pour la santé publique tout en évitant les conséquences négatives. Le fait que la portée de l'article 907 a) 1) A) était liée à des considérations complexes concernant la santé publique ne veut *pas* dire que cet article pose des

problèmes complexes quant à la compatibilité avec les règles de l'OMC. Au contraire, les Membres ont toute latitude dans le cadre de l'Accord sur l'OMC pour prendre précisément ces types de décisions difficiles au sujet de mesures de santé publique. Rien dans l'Accord sur l'OMC n'empêche les États-Unis de choisir la portée d'une interdiction frappant des produits nocifs sur la base de considérations relatives à la santé publique.

6. Deux questions fondamentales se posent dans l'application de l'article III:4 à une mesure qui établit des distinctions entre des produits semblables. Premièrement, les produits sont-ils semblables au point d'équivaloir à des "produits similaires" aux fins de l'article III:4? Deuxièmement, même lorsqu'il existe un tel rapport de concurrence entre les produits et qu'ils sont par ailleurs suffisamment semblables pour équivaloir à des "produits similaires", la mesure accorde-t-elle un traitement différent en fonction de l'origine?

7. L'Organe d'appel a noté que la détermination de la similarité au regard de l'article III:4 du GATT de 1994 était essentiellement une détermination concernant "la nature et l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits". Dans l'analyse du "produit similaire" en l'espèce, il faudrait se rappeler que les règlements techniques, de par leur nature même, établissent des distinctions parmi des groupes de produits qui sont en gros semblables et que ces produits peuvent ne pas être "similaires" dans un contexte réglementaire donné. Dans des rapports antérieurs du GATT et de l'OMC, l'analyse du produit similaire a été effectuée sur la base de quatre critères du "produit similaire" distincts. Les États-Unis rappelleraient que d'après l'Organe d'appel, ces critères ne sont qu'un outil pour l'examen de la nature et de l'importance d'un rapport de concurrence entre et parmi les produits et, dans la présente affaire, pour l'examen du rapport entre les caractéristiques d'un produit et l'objectif sanitaire en cause.

8. Les cigarettes aux clous de girofle sont différentes des cigarettes au tabac et des cigarettes mentholées. Premièrement, s'agissant de la composition physique, celle des cigarettes aux clous de girofle est différente de celle des cigarettes au tabac ou mentholées, et ces différences physiques sont directement liées à la manière dont les consommateurs les différencient ainsi qu'à leur incidence différente sur la santé publique. Surtout, les fleurs de girofle constituent environ 40 pour cent d'une cigarette aux clous de girofle, ce qui lui donne un arôme sucré unique, particulièrement attirant pour les jeunes fumeurs. Les fleurs de girofle contiennent également un anesthésiant appelé eugénol. Ni le tabac ni le menthol ne contiennent d'eugénol. Les cigarettes aux clous de girofle contiennent aussi une "sauce" spéciale, dont leurs fabricants allèguent qu'elle ajoute un goût "plus riche" et "plus fruité", un arôme suave et un arrière-goût plaisant.

9. Deuxièmement, en ce qui concerne les habitudes et les goûts de consommateurs, l'Organe d'appel a noté que lorsque, comme en l'espèce, les propriétés physiques étaient dissemblables, le Membre plaignant avait la "charge plus lourde" de montrer que tous les éléments de preuve, pris ensemble, démontraient que les produits étaient "similaires". L'Indonésie ne s'est pas acquittée de la charge de la preuve qui lui incombe s'agissant de ce facteur important. Les cigarettes aux clous de girofle étaient fumées aux États-Unis par de jeunes fumeurs faisant l'expérience du tabac. Elles étaient fumées par un très petit pourcentage de la population des États-Unis, et cette consommation était essentiellement le fait de jeunes personnes. Par contre, les cigarettes au tabac et au menthol sont les cigarettes préférées de près de 46 millions de fumeurs réguliers adultes aux États-Unis. L'Indonésie n'a pas montré, comme elle en a l'obligation, que les cigarettes aux clous de girofle cherchaient à concurrencer les cigarettes au tabac ou au menthol sur le plan des circuits de distribution, du linéaire ou de la part de marché. En fait, les cigarettes aux clous de girofle étaient vendues dans des magasins spécialisés et étaient spécifiquement commercialisées en tant que "produit plaisir" spécial. Le fait que ceux qui choisissaient de les fumer étaient presque exclusivement des jeunes donne fortement à penser qu'elles étaient considérées, ainsi qu'il était prévu, comme un objet de plaisir attrayant pour les jeunes, dont bon nombre d'entre eux deviendraient accro à la nicotine. Quant aux fumeurs établis, les éléments de preuve laissent penser que ceux qui disaient fumer des cigarettes

aux clous de girofle ne considéraient généralement pas qu'elles remplaçaient leurs cigarettes "ordinaires" quotidiennes, au tabac ou mentholées.

10. Troisièmement, s'agissant des utilisations finales, il convient de noter que des cigarettes différentes ont, à des degrés divers, des utilisations finales différentes. Les cigarettes sont consommées pour fumer du tabac et pour alimenter une dépendance à la nicotine. Les éléments de preuve provenant d'études montrent que les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées (et non les cigarettes aux clous de girofle) sont consommées régulièrement par une vaste majorité de fumeurs aux États-Unis. Les cigarettes ont également pour utilisation finale de susciter une expérience agréable liée au goût de la cigarette et au parfum de la fumée. Les fabricants de cigarettes aux clous de girofle conçoivent et commercialisent délibérément les cigarettes aux clous de girofle en vue de l'expérience unique créée.

11. Quatrièmement, s'agissant du classement tarifaire, selon la Liste de concessions des États-Unis annexée au GATT de 1994, qui fait partie intégrante de l'Accord sur l'OMC, les cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes sont incluses dans des sous-positions tarifaires à huit chiffres différentes.

12. L'article III:4 du GATT de 1994 prescrit que les Membres accordent aux produits importés un traitement qui ne sera pas moins favorable que celui qui est accordé aux produits nationaux similaires. Il est utile de rappeler que l'article III:1 du GATT de 1994 dispose que les taxes intérieures et les mesures réglementaires "ne devront pas être appliqué[e]s aux produits importés ou nationaux de manière à protéger la production nationale". L'Organe d'appel a expliqué que l'article III:1 énonçait un principe général qui commandait le reste de l'article III. Ce principe directeur étaye l'idée que l'article III:4 ne devrait pas être interprété de façon à prohiber les mesures qui peuvent avoir pour effet que certains produits importés sont traités différemment de certains produits nationaux similaires dans des cas où la base du traitement différent n'est pas l'origine nationale.

13. Il n'apparaît pas que l'Indonésie allègue que l'article 907, tel qu'il est libellé, établit une discrimination. De plus, l'Indonésie n'a présenté aucun fait démontrant que l'article 907 – tout en étant neutre quant à l'origine tel qu'il est libellé – établit en fait une discrimination à l'encontre des cigarettes importées. Lorsqu'un critère réglementaire apparemment neutre quant à l'origine s'applique presque exclusivement à des produits importés et non à des produits nationaux semblables, cela indique qu'une mesure neutre telle qu'elle est libellée accorde en fait un traitement différent en fonction de l'origine. Les circonstances en l'espèce sont différentes de celles de l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*. L'article 907 ne s'applique pas presque exclusivement à des cigarettes indonésiennes par rapport aux cigarettes nationales, mais en réalité à des groupes de cigarettes tant importées que nationales. Il résulte de l'interdiction des arômes caractérisants autres que le tabac ou le menthol imposée par les États-Unis que certains types de cigarettes importées et de cigarettes nationales sont prohibés sur le marché des États-Unis, et que certains types de cigarettes importées et de cigarettes nationales sont autorisés sur ce marché. Il résulte de l'article 907 qu'à la fois des cigarettes importées et des cigarettes nationales sont prohibées et qu'à la fois des produits importés et des produits nationaux sont autorisés.

14. Le champ des produits des États-Unis auquel l'interdiction des arômes caractérisants s'applique est vaste. L'article 907 empêche l'entrée de produits sur le marché des États-Unis que les fabricants du pays ont mis des décennies à développer spécifiquement pour les consommateurs des États-Unis. Comme le révèlent des documents de la branche de production des États-Unis, les fabricants nationaux de cigarettes ont développé des gammes de cigarettes aromatisées en vue de recruter une nouvelle génération de fumeurs en Amérique. Il a fallu une interdiction fédérale pour empêcher les fabricants des États-Unis de lancer des marques de cigarettes aromatisées sur le marché.

15. Comme nous venons de l'indiquer, l'article 907 interdit à la fois des produits importés et des produits nationaux – et l'interdiction frappant les produits nationaux est plus que purement symbolique. Toutefois, même dans les cas où une mesure traite la plupart des produits importés différemment de la plupart des produits nationaux semblables, cette différence de traitement ne constitue pas nécessairement un traitement moins favorable. Pour revenir au principe directeur de l'article III du GATT, selon lequel les mesures ne devront pas être appliquées de manière à protéger la production nationale, dans l'affaire *Chili – Boissons alcooliques*, l'Organe d'appel a reconnu qu'une détermination de l'existence d'une application protectrice devait prendre en considération les "buts de la mesure, tels qu'ils s'exprim[aient] objectivement dans sa conception, ses principes de base et sa structure", ainsi que les éventuelles contre-explications du Membre défendeur. En l'espèce, la mesure en cause est compatible avec la législation générale des États-Unis sur le tabac, et en fait partie intégrante, et les États-Unis ont une explication convaincante de la raison pour laquelle les cigarettes aux clous de girofle sont visées par une interdiction qui ne s'applique pas à d'autres cigarettes. Il existe un rapport clair entre la structure de l'article 907 et l'objectif général de la Loi sur le contrôle du tabac, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes tout en évitant des conséquences négatives pour la santé publique.

16. Nous notons que l'Indonésie a fondé sa conclusion concernant le traitement moins favorable sur l'affirmation selon laquelle l'article 907 "crée des conditions de concurrence inégales" en interdisant un produit et non d'autres produits similaires. Cette allégation devrait être rejetée pour deux raisons. Premièrement, l'Indonésie n'a pas indiqué précisément quelles cigarettes étaient comparées et elle n'a pas prouvé que les cigarettes aux clous de girofle étaient effectivement en concurrence avec les cigarettes qui n'étaient pas touchées par l'interdiction. Deuxièmement, conformément au raisonnement de l'Organe d'appel dans l'affaire *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes*, le fait que l'application d'une distinction réglementaire peut affecter le rapport concurrentiel entre les produits importés et les produits nationaux ne fait pas de la mesure une violation des obligations d'un Membre en matière de traitement national.

17. L'obligation d'appliquer le traitement national énoncé à l'article 2.1 de l'Accord OTC devrait être interprétée comme celle qui figure à l'article III:4 du GATT de 1994. Chaque accord constitue un contexte pour l'autre, et les analyses élaborées au titre de l'article III sont pertinentes pour l'interprétation de l'article 2.1 de l'Accord OTC. Les États-Unis notent le contexte constitué par l'Accord OTC pour l'évaluation des questions relatives au traitement national en cause dans le présent différend. Premièrement, le préambule de l'Accord OTC dispose que cet accord devrait être interprété conformément au droit des Membres de prendre des mesures pour protéger la santé publique. Deuxièmement, dans son interprétation de l'article 2.1, le Groupe spécial devrait tenir compte du fait que la mesure en cause en l'espèce est un règlement technique. Comme il a été dit plus haut, de par leur nature même, les règlements techniques établissent une distinction parmi des produits semblables en gros et des critères pour ces produits. Ces distinctions entre les produits pourraient faire en sorte que des produits généralement semblables ne soient "pas similaires" dans certaines circonstances, et elles peuvent souvent avoir une incidence différente sur des produits généralement semblables.

18. L'Indonésie n'a pas fourni d'élément de preuve suffisant pour établir chaque élément de son allégation au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC. En particulier, elle n'a pas produit d'élément de preuve établissant qu'une mesure de rechange: est raisonnablement applicable, réalise l'objectif légitime de la mesure contestée, et est sensiblement moins restrictive pour le commerce que l'article 907 a) 1) A).

19. La Loi sur le contrôle du tabac a pour objectif de protéger la santé publique en réduisant le tabagisme, en particulier chez les jeunes. Le moyen par lequel l'article 907 a) 1) A) réalise cet objectif légitime est l'interdiction des produits pour "débutant" ou d'"apprentissage" qui sont consommés d'une manière disproportionnée par les jeunes, compte tenu néanmoins des conséquences négatives qui pourraient résulter de l'interdiction de produits auxquels des dizaines de millions d'adultes sont

dépendants, chimiquement et psychologiquement. Les faits le confirment. Les cigarettes interdites par l'article 907 a) 1) A) – y compris les cigarettes aux clous de girofle – présentent un attrait disproportionné pour les jeunes et peuvent être considérées à juste titre comme étant des produits "pour débutants" ou d'"apprentissage" pour les fumeurs novices ou potentiels. En outre, le fait que la mesure permet que les cigarettes aromatisées au tabac et au menthol puissent rester en vente limite la portée de l'interdiction et fait en sorte que l'interdiction qui réduit le tabagisme chez les jeunes soit appropriée pour la protection de la santé publique par la prise en compte du risque de conséquences négatives qui pourraient résulter de l'interdiction d'un produit auquel des dizaines de millions d'adultes sont dépendants. Ces conséquences négatives pourraient comprendre une incidence négative sur la santé des fumeurs adultes, une incidence négative sur le système de soins de santé des États-Unis, et une expansion du marché noir des cigarettes qui existe déjà, dont les conséquences pourraient être des cigarettes plus dangereuses, un accès accru aux cigarettes pour les jeunes et une augmentation de la criminalité.

20. L'Indonésie n'a pas prouvé comme elle en a l'obligation qu'il existait une mesure de rechange qui soit raisonnablement applicable, réalise l'objectif légitime de santé publique de l'article 907 a) 1) A) et soit sensiblement moins restrictive pour le commerce que la mesure contestée. Un Membre plaignant ne s'acquitte pas de son obligation d'établir des éléments *prima facie* en se bornant à mentionner des mesures de rechange – il doit montrer au moyen d'éléments de preuve suffisants que la mesure de rechange répond à chaque élément de l'allégation.

21. L'interprétation correcte de l'article 2.2 découle du texte de l'article lui-même, lu dans son contexte, compte tenu des circonstances entourant l'adoption de cet article. Les États-Unis contestent la tentative de l'Indonésie d'invoquer l'interprétation de l'article XX b) du GATT pour éclairer le sens de l'article 2.2 de l'Accord OTC. Le terme "nécessaire" est employé à l'article XX b) du GATT dans un contexte différent de celui de l'article 2.2 de l'Accord OTC, et il ne serait pas approprié de recourir à la même interprétation de l'article XX b) du GATT pour l'article 2.2 de l'Accord OTC.

22. L'Indonésie n'a pas établi que l'article 907 a) 1) A) contrevenait aux obligations des États-Unis au titre de l'article III:4 du GATT. Toutefois, si le Groupe spécial devait aborder la question des exceptions au titre du GATT, l'application de l'article 907 a) 1) A) serait justifiée en vertu de l'article XX b) du GATT car elle relève de l'exception prévue à l'alinéa b) et satisfait également aux prescriptions du texte introductif.

23. L'article 907 a) 1) A) a été promulgué en vue de protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme et relève donc de l'éventail des politiques mentionnées à l'alinéa b). Eu égard au grave danger présenté par le tabagisme chez les jeunes et au fait que les taux de ce tabagisme sont restés constamment élevés, la prohibition énoncée à l'article 907 a) 1) A) de certains produits qu'il convient de qualifier de cigarettes de débutant est en fait *nécessaire* pour protéger la santé et la vie des personnes. Même s'il est superflu de poursuivre l'analyse pour montrer que l'article 907 a) 1) A) est nécessaire pour protéger la santé et la vie des personnes, l'analyse de certains rapports antérieurs confirme que la mesure des États-Unis relève de l'article XX. Premièrement, ce qui est en jeu en l'espèce – la protection de la santé et de la vie des personnes – est fondamental. Deuxièmement, il existe un lien fort et réel entre la mesure et l'objectif de politique qu'elle est censée servir car elle contribue directement à la protection de la santé et de la vie des personnes en faisant en sorte que les produits qui présentent un risque particulier pour les jeunes ne puissent pas être vendus sur le marché. Troisièmement, tant le danger présenté par le tabagisme chez les jeunes que le fait que les taux de ce tabagisme sont restés élevés à des niveaux inacceptables en dépit des nombreuses restrictions déjà mises en place *confirment* et non *amoindrissent* le caractère nécessaire de l'interdiction. Pour ces raisons, l'article 907 a) 1) A) relève de l'exception énoncée à l'article XX b).

24. L'article 907 a) 1) A) satisfait également aux prescriptions du texte introductif de l'article XX parce qu'il n'est ni un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où les mêmes conditions existent, ni une restriction déguisée au commerce international. Premièrement, l'article 907 a) 1) A) ne prévoit pas de traitement différencié entre les pays. Et même s'il pouvait être constaté que la mesure établit une discrimination, ce comportement ne pourrait pas être considéré comme étant "arbitraire" ou "injustifié" parce que la mesure a été conçue pour remédier à un risque spécifique pour la santé publique. Deuxièmement, l'article 907 a) 1) A) n'est pas une restriction déguisée au commerce international. En particulier, et comme il a été dit plus haut, la mesure n'a pas de but protectionniste. En même temps que l'article 907 a) 1) A) interdit les cigarettes aux clous de girofle d'Indonésie, il interdit aussi aux sociétés des États-Unis de commercialiser une gamme complète de produits qu'elles ont mis des décennies à développer. Le fait que des sociétés étrangères fabriquent des produits qui présentent les mêmes risques et qui ont été affectés de la même manière par la mesure ne peut pas la transformer en mesure protectionniste. En tant que tel, l'article 907 a) 1) A) satisfait au texte introductif de l'article XX et, du fait qu'il relève de l'alinéa b), est justifié au regard de l'article XX b) du GATT.

ANNEXE D-3

DÉCLARATION FINALE DE L'INDONÉSIE À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Je voudrais remercier le Groupe spécial d'avoir prêté attention aux questions soulevées par l'Indonésie dans la présente affaire. Nous pensons qu'il y a des questions de droit importantes que le Groupe spécial doit examiner. Il y a aussi de nombreux faits contestés. J'espère que le Groupe spécial examinera attentivement les faits présentés et s'efforcera de trouver la vérité. Je pense que si le Groupe spécial procède ainsi, il constatera que quatre choses sont vraies:

- les cigarettes aux clous de girofle sont similaires à des cigarettes produites dans le pays qui n'ont pas été interdites;
- les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas plus dangereuses que n'importe quelle autre sorte de cigarette;
- les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas majoritairement populaires auprès des jeunes et elles n'ont ni ciblé les jeunes ni été commercialisées pour eux; et
- il n'existe aucun fondement factuel ou scientifique pour interdire les cigarettes aux clous de girofle si les cigarettes mentholées et d'autres cigarettes beaucoup plus populaires auprès des jeunes ne sont pas interdites.

2. Si ces quatre choses sont vraies, alors les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec leurs engagements dans le cadre du GATT et de l'Accord OTC, et le Groupe spécial devrait recommander que les États-Unis mettent la Règle spéciale pour les cigarettes en conformité avec leurs engagements dans le cadre de l'OMC.

3. Je veux dire très clairement ce que l'Indonésie demande dans la présente affaire. L'Indonésie n'essaie pas de nuire aux efforts déployés par les États-Unis pour lutter contre le tabagisme – en particulier le tabagisme chez les mineurs. Elle ne prétend pas que les cigarettes aux clous de girofle doivent pouvoir être vendues aux États-Unis sans aucune restriction. Elle se conformerait volontiers à toutes règles que les États-Unis ont adoptées, ou adopteront à l'avenir, pour la commercialisation, la publicité ou l'étiquetage – règles qui s'appliquent aux cigarettes ordinaires et aux cigarettes mentholées. Nous pensons que, à tout le moins, les cigarettes aux clous de girofle avaient droit au même examen attentif que les États-Unis appliquent aux cigarettes mentholées pour déterminer l'approche réglementaire appropriée.

4. Tout ce que nous demandons en l'espèce, c'est le traitement équitable d'une branche de production qui est extrêmement importante pour l'Indonésie. Comme je l'ai mentionné dans ma déclaration liminaire, environ 6 millions de personnes en Indonésie sont employées directement ou indirectement dans la production de cigarettes et la culture du tabac. Au nom de chacune d'entre elles et du gouvernement indonésien, je vous remercie.

ANNEXE D-4

DÉCLARATION FINALE DES ÉTATS-UNIS À LA PREMIÈRE RÉUNION DE FOND

1. Pour conclure, nous souhaitons mettre l'accent sur quelques points que l'Indonésie conteste ou essaie de minimiser, mais que nous estimons essentiels pour la compréhension du différend.
2. Premièrement, les États-Unis s'attaquent à un produit intrinsèquement dangereux qui présente un défi complexe en matière de santé publique pour le pays et d'ailleurs pour tous les pays qui s'efforcent de réduire les méfaits du tabac. Il importe de garder à l'esprit que la Loi sur le contrôle du tabac est une mesure conçue pour répondre à cette question difficile et que l'article 907 a) 1) A) n'est qu'une disposition de cette mesure plus générale. L'article 907 a) 1) A) est une mesure de santé publique et elle établit des distinctions parmi les produits sur la base de la santé publique. Il vise le problème important, et ardu, du tabagisme chez les jeunes et a pour but de réduire ce tabagisme, tout en tenant compte du risque de conséquences négatives découlant d'une interdiction générale.
3. Nous notons que l'Indonésie évoque la possibilité, qu'elle rejette aussitôt, que les considérations liées à la santé soient pertinentes en l'espèce parce que les États-Unis reconnaissent que toutes les cigarettes sont nocives. Là n'est pas la question. Ce qui est en cause dans le présent différend ce sont les conséquences pour la santé publique des cigarettes aromatisées, à savoir que les arômes (y compris les clous de girofle) ont un attrait particulier pour les jeunes et qu'ils les encouragent à commencer à consommer ce produit délétère, et à en devenir dépendant.
4. Deuxièmement, l'Indonésie dit à plusieurs reprises que l'article 907 a) 1) A) est une interdiction des cigarettes aux clous de girofle. Ce n'est pas le cas. Il s'agit de l'interdiction d'une catégorie de cigarettes aromatisées qui attirent les jeunes. Les cigarettes aux clous de girofle sont un type de produit, mais pas le seul, qui a cet effet, et elles sont donc visées par l'interdiction.
5. L'Indonésie voudrait aussi que le Groupe spécial juge les cigarettes aromatisées autres que les cigarettes aux clous de girofle dénuées de pertinence pour le présent différend. En fait, les cigarettes aux clous de girofle présentent plusieurs similarités importantes avec les autres cigarettes aromatisées interdites par l'article 907 a) 1) A). Par exemple, comme les autres arômes interdits, elles sont commercialisées avec l'idée force d'une expérience spéciale et agréable associée à l'arôme caractérisant et, comme prévu, elles attirent les fumeurs débutants.
6. Troisièmement, nous tenons à souligner que les données tirées des études disponibles indiquent que les cigarettes aux clous de girofle sont consommées par un nombre important de jeunes fumeurs en "période d'initiation" et qu'elles sont consommées d'une manière disproportionnée par les jeunes fumeurs en comparaison avec des fumeurs de plus de 26 ans. Il ressort de l'ensemble des études nationales publiées que 5 pour cent ou plus des jeunes fumeurs fument des cigarettes aux clous de girofle, contre 1 pour cent ou moins des fumeurs de 26 ans et plus. Cette ventilation démographique montre que les cigarettes aux clous de girofle sont semblables aux autres cigarettes aromatisées et explique pourquoi les cigarettes aromatisées sont une cible logique lorsqu'on cherche à réduire le tabagisme chez les jeunes.
7. Quatrièmement, l'Indonésie allègue que les cigarettes aux clous de girofle ont supporté la totalité de l'action pénalisante de l'article 907 a) 1) A). Ce n'est pas le cas. L'interdiction a eu un effet négatif sur toute une gamme de cigarettes des États-Unis et cet effet a commencé avant même l'entrée en vigueur de l'article 907 a) 1) A) en 2009. On ne peut pas regarder uniquement ce qui était vendu en 2009 pour analyser l'effet de l'article 907. Des projets d'article 907 a) 1) A) ont été examinés au Congrès dès 2004 et les fabricants de cigarettes des États-Unis en étaient bien conscients. De plus,

en 2006, des cigarettes aromatisées commercialisées de façon intensive par le cigarettier RJ Reynolds des États-Unis ont fait l'objet d'un différend très remarqué avec plusieurs États des États-Unis.

8. Comme on dit, pour les fabricants de cigarettes la cause était entendue. Les sociétés se sont rendu compte que l'interdiction des arômes allait être imposée et elles ont commencé à se positionner pour faire face à cette nouvelle réalité. Il n'est pas rare que des sociétés réagissent à une interdiction imminente avant qu'elle prenne effet. Néanmoins, pas plus tard qu'en 2008, au moins quatre fabricants de cigarettes des États-Unis produisaient au moins 26 cigarettes aromatisées distinctes. Le Groupe spécial peut se reporter au paragraphe 51 de la première communication écrite des États-Unis et à la pièce US-52 à ce sujet.

9. En tout état de cause, le véritable effet de l'article 907 a) 1) A) est qu'il a forcé les fabricants de cigarettes des États-Unis à abandonner une gamme entière de produits qui visaient à attirer les jeunes vers leurs produits. Comme il a été dit maintes fois, les jeunes, tant les enfants que les jeunes adultes, constituent la population clé pour les fabricants de cigarettes qui cherchent à maintenir et à accroître leur part de marché. La vraie réponse est que la mesure pénalise lourdement les sociétés des États-Unis.

10. Nous concluons en faisant observer que l'Indonésie a formulé des allégations générales concernant l'insuffisance des éléments de preuve des États-Unis, mais qu'elle a présenté elle-même très peu d'éléments de preuve pour étayer ses allégations – même si c'est à l'Indonésie, et non aux États-Unis, que la charge de la preuve incombe en premier. Comme il a été dit dans nos communications écrites et à cette réunion, là où l'Indonésie a présenté des éléments de preuve, ses prétendus éléments de preuve ne sont pas crédibles quant aux points qu'ils sont censés confirmer.

11. Au nom de notre délégation, je tiens à remercier le Groupe spécial et le Secrétariat pour leur travail dans le cadre du présent différend. Nous comptons bien revenir dans nos prochaines communications sur les questions que nous avons abordées et sur les autres questions soulevées par le Groupe spécial.

ANNEXE D-5

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION LIMINAIRE DE L'INDONÉSIE À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

1. L'Indonésie considère que les règles de l'OMC donnent aux Membres un pouvoir discrétionnaire important pour établir leurs propres politiques réglementaires, en particulier en ce qui concerne des questions aussi cruciales que la protection de la santé publique. Tout au long du présent différend, l'Indonésie a toujours dit que les efforts visant à réduire le tabagisme, en particulier chez les jeunes, étaient un objectif légitime de santé publique. Toutefois, les règles de l'OMC disposent aussi clairement que le pouvoir discrétionnaire des Membres n'est pas illimité et que ceux-ci doivent satisfaire à certaines prescriptions lorsqu'ils adoptent des mesures qui restreignent le commerce. Les États-Unis ne l'ont pas fait. La Règle spéciale est discriminatoire, en violation de l'article 2.1 de l'Accord sur les obstacles techniques au commerce ("Accord OTC"), elle est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire, en violation de l'article 2.2 de l'Accord OTC, et, lors de l'adoption de la Règle spéciale, les États-Unis ne se sont pas conformés à certaines autres dispositions de l'Accord OTC, ce qui a entraîné des violations des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC.

I. ALLÉGATIONS RELATIVES AU TRAITEMENT NATIONAL

2. L'Indonésie ne dit pas que les Membres ne peuvent pas poursuivre des objectifs de politique publique légitimes d'une façon progressive. Toutefois, une approche progressive de la réglementation ne peut pas être adoptée si elle traite les produits importés d'une manière moins favorable que les produits nationaux similaires. Les États-Unis expliquent que leurs actions consistent à mettre "temporairement" de côté les cigarettes mentholées en vue d'un examen plus approfondi. L'article 2.1 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT ne prévoient pas de traitement moins favorable "temporaire". En outre, "temporaire" n'est pas synonyme de "progressif".

A. CLARIFICATION DES FAITS SE RAPPORTANT AU TRAITEMENT NATIONAL

3. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis disent que la Règle spéciale vise les personnes âgées de 12 à 26 ans parce qu'elles correspondent, selon les responsables de la santé publique, à la "période d'initiation" au tabagisme. L'Indonésie conteste l'affirmation des États-Unis selon laquelle la Règle spéciale vise les personnes de plus de 18 ans. La Règle spéciale vise les personnes de moins de 18 ans, conformément à l'intention globale de la Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "FSPTCA"). L'Indonésie ne formule aucune allégation concernant la validité générale d'une "période d'initiation" ou les éventuels avantages du fait d'axer les efforts de réduction du tabagisme sur les personnes de ce groupe d'âge. Mais le fait demeure que la FSPTCA et la Règle spéciale ne visent pas, de par leurs propres termes, cette population.

4. Le rapport de la Chambre indique clairement que la FSPTCA a pour objectifs "de protéger la santé publique et de réduire le nombre de personnes de moins de 18 ans qui font usage de produits du tabac". Il est aussi expliqué dans le rapport de la Chambre que le but de la Règle spéciale est d'interdire les cigarettes ayant certains "arômes caractérisants" qui présentent un attrait pour les jeunes.

5. Le même souci de limiter la consommation du tabac par les jeunes est exprimé avec constance dans d'autres dispositions de la FSPTCA. Ces autres dispositions de la FSPTCA visent soit les jeunes (âgés de 17 ans et moins) soit les adultes (18 ans et plus). Il n'y a pas une seule disposition qui vise à réduire le tabagisme chez les adultes âgés de 18 à 26 ans et il n'est pas fait mention, ni dans la FSPTCA elle-même ni dans le rapport de la Chambre, de la réduction du tabagisme pendant la "période d'initiation".

6. Les États-Unis font valoir à maintes reprises que les "cigarettes aux clous de girofle sont consommées d'une manière disproportionnée par les jeunes et ne le sont pas massivement par les adultes". Les données communiquées tant par l'Indonésie que par les États-Unis montrent que les jeunes ne fument pas d'une manière disproportionnée des cigarettes aux clous de girofle. En fait, la pièce 73 de l'Indonésie montre que le taux moyen de consommation de cigarettes aux clous de girofle par les jeunes et par les adultes est le même, à 0,3 pour cent. Même si le Groupe spécial prend uniquement en considération les données tirées des études que les États-Unis jugent "fiables", le fait est qu'il n'y a rien d'unique quant au mode de consommation de cigarettes aux clous de girofle qui le distinguerait de la consommation de cigarettes mentholées ou de cigarettes ordinaires. Les États-Unis appellent l'attention sur les *NSDUH* pour 2002 et 2003, qui montrent un pourcentage plus élevé de jeunes ayant essayé les cigarettes aux clous de girofle par rapport aux adultes. Or le même mode de consommation est constaté pour les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac. Dans sa pièce 75, l'Indonésie a fourni des éléments de preuve indiquant que 51 pour cent des jeunes consomment des cigarettes mentholées, mais que le taux de consommation des adultes chute de presque 20 pour cent pour se situer à 32 pour cent seulement, ce qui montre que les jeunes commencent par des cigarettes mentholées pour passer à d'autres cigarettes à l'âge adulte. Cette tendance se vérifie aussi pour les cigarettes en général. Dans ses constatations concernant la FSPTCA, le Congrès des États-Unis a noté que plus de 80 pour cent des jeunes fumaient des cigarettes de l'une de trois marques très commercialisées – "Camel", "Marlboro" et "Newport" – mais que seulement 54 pour cent des adultes fumaient des cigarettes de ces marques. Ainsi, rien dans les données tirées des études concernant la consommation par les jeunes et les adultes n'étaye la conclusion selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle sont consommées d'une manière disproportionnée par les jeunes mais d'autres sortes de cigarettes ne le sont pas.

7. Les États-Unis font valoir que les données concernant les personnes qui ont dit qu'elles fumaient "le plus souvent" des cigarettes aux clous de girofle ne devraient pas être utilisées parce qu'il s'agit de cigarettes dites "pour les occasions spéciales" et que ces données ne rendent donc pas compte de tous ceux qui ont essayé les cigarettes aux clous de girofle ou en ont fait l'expérience. L'Indonésie rejette l'idée que les cigarettes aux clous de girofle sont uniquement des cigarettes "pour les occasions spéciales". Les données des *NSDUH* pour la période 2002-2009 montrent qu'il y a un groupe modeste mais stable de jeunes et d'adultes qui déclarent fumer le plus souvent des cigarettes aux clous de girofle. En outre, dans la mesure où les données de la *NSDUH* concernant les cigarettes fumées "le plus souvent" ne rendent pas compte des jeunes qui fument des cigarettes aux clous de girofle occasionnellement, elles ne rendent pas compte non plus des adultes qui fument ces cigarettes occasionnellement.

8. Les États-Unis font également valoir que les données provenant des *NSDUH* pour 2002 et 2003, de l'étude *Monitoring the Future* ("*MTF*") et de l'*Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes* ("*NYTS*") représentent le mieux la consommation de cigarettes aux clous de girofle par les jeunes parce que ces études portent sur la consommation de ces cigarettes pendant le dernier mois ou la dernière année. Dans sa deuxième communication écrite, l'Indonésie a signalé de nombreuses incohérences dans les données de ces études qui montraient, une fois corrigées, un taux de consommation des cigarettes aux clous de girofle inférieur à celui qui était initialement indiqué dans ces études. Toutefois, même à supposer, pour les besoins de l'argumentation, que les taux signalés par les États-Unis soient exacts, les résultats prouveraient quand même que les cigarettes aux clous de girofle ne sont pas du tout populaires auprès des jeunes, et qu'elles les sont encore moins "majoritairement". Par exemple, selon la *NYTS*, 11 pour cent des fumeurs interrogés (y compris les jeunes adultes de 21 ans et moins) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours des 30 jours précédents. Selon l'étude *MTF*, 5,5 pour cent des élèves de douzième année (dont certains pouvaient avoir 18 ans) avaient essayé une cigarette aux clous de girofle au cours de l'année précédente. La *NSDUH* – utilisant la question de l'enquête de 2003, qui a la préférence des États-Unis –, indique que 5 pour cent des jeunes fumeurs avaient essayé une cigarette aux clous de

girofle au cours des 30 jours précédents. Ces données montrent qu'au minimum, près de 90 pour cent des jeunes qui fument n'ont même pas touché à une cigarette aux clous de girofle. Cela est compatible avec la conclusion des chercheurs de l'étude *MTF* selon laquelle la consommation de cigarettes aux clous de girofle était "une mode passagère qui n'avait tout simplement pas pris auprès de la plupart des jeunes".

9. Toutefois, les réponses à ces questions ne nous disent pas plusieurs choses qui sont essentielles pour les questions dont le Groupe spécial est saisi. Par exemple, il est impossible de savoir d'après ces réponses, si la personne qui a répondu "oui" n'a fumé qu'une partie d'une cigarette en une seule occasion ou si elle fumait des cigarettes aux clous de girofle régulièrement. De même, les questions de ces enquêtes ne nous disent absolument rien sur le point de savoir si la consommation indiquée de cigarettes aux clous de girofle correspondait à la toute première consommation de cigarette par la personne interrogée ou si celle-ci fumait déjà des cigarettes ordinaires et des cigarettes mentholées avant d'essayer une cigarette aux clous de girofle. En fait, il est impossible de savoir d'après les questions de ces enquêtes si les personnes interrogées sont devenues dépendantes au tabac. Comme l'étude *Monitoring the Future* et l'*Enquête nationale sur le tabac chez les jeunes* ne comprennent pas les adultes, elles ne fournissent absolument aucun élément de preuve étayant la conclusion selon laquelle les jeunes consomment les cigarettes aux clous de girofle d'une manière disproportionnée et les adultes ne le font pas. C'est à cause de limitations comme celles-ci que l'Indonésie estime important d'examiner un éventail beaucoup plus large de données que celles qui ont été présentées par les États-Unis.

10. Les États-Unis continuent d'affirmer dans leur deuxième communication écrite, que les cigarettes aux clous de girofle sont des produits pour "débutant" qui contribuent à la dépendance des jeunes aux cigarettes. Ils sont la partie qui a formulé l'allégation selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle sont des cigarettes "de débutant" qui contribuent à la dépendance des jeunes aux cigarettes et il leur appartient donc de fournir des éléments de preuve à l'appui de cette allégation. Ils ne l'ont pas fait. Ce que les éléments de preuve dans le présent différend montrent c'est que ce sont d'autres cigarettes, et non les cigarettes aux clous de girofle, qui sont des cigarettes "pour débutant". Pour l'Indonésie, le meilleur moyen d'établir quelles cigarettes sont des cigarettes de débutant est de savoir laquelle les jeunes fument le plus. Les jeunes fument beaucoup plus de cigarettes aromatisées au menthol et au tabac que de cigarettes aux clous de girofle. Les données montrent que les jeunes fument des cigarettes mentholées en grande quantité avant de passer à d'autres cigarettes à l'âge adulte. Les données relatives aux adultes qui fument actuellement des cigarettes aux clous de girofle le confirment également. À titre d'exemple, deux tiers de ceux qui fument actuellement des cigarettes aux clous de girofle disent en avoir fumé pour la première fois plus d'un an après avoir essayé leur première cigarette, alors que seulement 6 pour cent disent que leur première cigarette a été une cigarette aux clous de girofle.

11. Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis font plusieurs affirmations au sujet des préoccupations en matière de santé publique qui concernent les cigarettes aromatisées visées par l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale, y compris les cigarettes aux clous de girofle. Ces affirmations concernent l'attrait de ces cigarettes pour les jeunes. Dans la section D.1 de leur deuxième communication écrite, les États-Unis expliquent comment, dans les années 1990, les fabricants de cigarettes ont élaboré, conçu et commercialisé des cigarettes ayant de nouveaux arômes pour attirer les jeunes. Aucun des éléments de preuve cités ne concerne les cigarettes aux clous de girofle. Ces cigarettes ont été vendues aux États-Unis pendant plus de 40 ans. Elles ne sont pas un produit nouveau conçu pour attirer les jeunes fumeurs. Les cigarettes aux clous de girofle n'ont jamais été commercialisées comme un produit "saisonnier" ou vendu "en nombre limité".

12. Dans leur analyse des préoccupations en matière de santé publique suscitées par les cigarettes aromatisées interdites par la Règle spéciale, les États-Unis citent sélectivement des extraits du rapport de l'OMS. Ce rapport recommande en définitive différentes approches réglementaires pour, d'une

part, les cigarettes à l'arôme de bonbons (à savoir, prohibition de la fabrication et commercialisation restreinte) et, d'autre part, les kreteks (ou cigarettes aux clous de girofle) et les cigarettes mentholées (à savoir, sensibilisation au sujet des additifs contenus dans ces cigarettes). Les extraits du rapport de l'OMS cités par les États-Unis où il est fait mention des cigarettes aux clous de girofle traitent du potentiel des arômes pour attirer les consommateurs. L'Indonésie convient avec les États-Unis qu'"aux fins de l'analyse dans le présent différend, les termes "attirer" et "consommer" sont équivalents". Les données ne montrent pas que les consommateurs sont fortement attirés par les cigarettes aux clous de girofle. Un très faible pourcentage de fumeurs, jeunes et adultes, consomment effectivement des cigarettes aux clous de girofle.

B. ANALYSE DU PRODUIT SIMILAIRE

13. L'Indonésie a présenté suffisamment d'éléments de preuve et d'arguments pour établir que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac. Elle a établi que les cigarettes aux clous de girofle avaient les mêmes caractéristiques physiques, utilisations finales et préférences des consommateurs, et le même classement tarifaire que les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Aucune des affirmations présentées par les États-Unis ne fait apparaître des différences notables entre les trois types de cigarettes qui les rendraient non "similaires". Dans leur deuxième communication écrite, les États-Unis affirment que les caractéristiques physiques et les goûts et préférences des consommateurs sont particulièrement pertinents car ils ont des conséquences sur la santé publique. Toutefois, les distinctions invoquées par les États-Unis au sujet de ces facteurs sont sans importance et n'enlèvent rien au rapport de concurrence qui existe entre les cigarettes aux clous de girofle, d'une part, et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac, d'autre part. Ces différences ne démontrent pas non plus que les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque unique pour la santé publique.

14. Les États-Unis mettent de nouveau en avant la présence de clous de girofle et d'une soi-disant "sauce secrète" comme différence notable de propriétés physiques entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Ils allèguent que cette présence crée une différence de goût et que, par conséquent, les consommateurs ne voient pas les cigarettes aux clous de girofle comme un produit pouvant se substituer aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac. Cette allégation ne tient pas compte du fait que les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac ont les unes et les autres leurs propres agents aromatisants, qui sont aussi appelés "sauce" ou "sauçage". La soi-disant "sauce secrète" pour les cigarettes aux clous de girofle est très semblable aux ingrédients aromatisants employés dans les cigarettes américaines. Tous les fabricants de cigarettes des États-Unis ajoutent des aromatisants à leurs cigarettes afin d'en différencier le goût par rapport à d'autres cigarettes. En fait, l'Indonésie a présenté des éléments de preuve indiquant que les consommateurs n'hésitent pas à substituer ces trois types de cigarettes entre eux. D'ailleurs, l'Indonésie et les États-Unis conviennent même que 75 à 79 pour cent des fumeurs de cigarettes aux clous de girofle fument également des cigarettes mentholées et des cigarettes ordinaires. Les États-Unis affirment aussi à tort que ces différences d'arômes rendent les cigarettes aux clous de girofle plus attirantes pour les jeunes et moins attirantes pour les adultes. Les données qu'ils utilisent pour étayer leur affirmation prouvent en fait qu'au minimum, près de 90 pour cent des jeunes fumeurs (âgés de moins de 18 ans) n'ont pas essayé de cigarettes aux clous de girofle. En outre, la consommation de cigarettes aux clous de girofle ne diminue pas de manière sensible chez les adultes.

C. TRAITEMENT MOINS FAVORABLE

15. L'Indonésie a démontré, à la fois dans ses communications écrites et lors de sa première comparution devant le Groupe spécial, que la Règle spéciale traitait les cigarettes aux clous de girofle importées moins favorablement que les produits nationaux "similaires". Bien qu'elle soit neutre telle

qu'elle est libellée, la Règle spéciale aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre de produits importés. L'interdiction des arômes caractérisants n'englobe pas les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac. Tant les cigarettes mentholées que les cigarettes aromatisées au tabac sont principalement produites aux États-Unis tandis que les cigarettes aux clous de girofle, qui ont été interdites, étaient principalement importées d'Indonésie. En interdisant les cigarettes aux clous de girofle et non les produits nationaux similaires (les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac), les États-Unis ont modifié les conditions de concurrence au détriment des cigarettes aux clous de girofle importées. En fait, la quasi-totalité des cigarettes similaires de fabrication nationale n'a pas été affectée par les restrictions imposées par la Règle spéciale, de sorte que celle-ci aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle importées.

16. Les États-Unis continuent d'affirmer que l'Indonésie doit montrer que les cigarettes aux clous de girofle sont soumises à un traitement différent en fonction de leur origine nationale ou étrangère. À la première réunion avec le Groupe spécial, l'Indonésie et un certain nombre de tierces parties ont exprimé leurs préoccupations au sujet de cet argument. Aucun rapport de groupes spéciaux ou de l'Organe d'appel n'a jamais exigé à la fois un critère du "traitement moins favorable" et un second critère "sur la base de l'origine nationale".

17. L'Indonésie conteste que l'analyse du "traitement moins favorable" au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT exige une analyse distincte de la question de savoir si une mesure est appliquée "de manière à protéger la production nationale". Dans l'affaire *CE – Bananes III*, l'Organe d'appel a constaté que "l'article III:4 ne renvo[yait] *pas* expressément à l'article III:1. En conséquence, pour déterminer s'il y a eu violation de l'article III:4 il n'est *pas* nécessaire d'examiner séparément si une mesure "[protège] la production nationale"". S'il n'est pas nécessaire d'effectuer une analyse distincte d'après le critère "de manière à protéger la production nationale" au titre de l'article III:4 du GATT, alors rien ne permet de le faire au titre de l'article 2.1 de l'Accord OTC, qui ne contient même pas ces termes.

II. ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

18. L'Indonésie a établi *prima facie* que la Règle spéciale était incompatible avec l'article 2.2 de l'Accord OTC parce qu'elle était plus restrictive pour le commerce qu'il n'était nécessaire pour réaliser l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes. Selon le rapport de la Chambre, la Règle spéciale a pour objectif de protéger la santé publique en réduisant le nombre d'enfants et d'adolescents qui fument des cigarettes.

19. Comme la Norvège l'a indiqué à la première réunion du Groupe spécial, selon la Règle spéciale "certaines cigarettes sont interdites pour promouvoir la santé publique et d'autres cigarettes plus populaires sont autorisées, apparemment aussi pour promouvoir la santé publique". Or, il apparaît que les États-Unis ont fondé leur décision de ne pas exclure de la Règle spéciale les cigarettes mentholées ou les cigarettes aromatisées au tabac au vu de conséquences négatives hypothétiques. Cela, en dépit du fait qu'il y a une montagne d'éléments de preuve indiquant que les cigarettes mentholées sont les véritables cigarettes "de débutant" pour les jeunes.

20. Les États-Unis tentent d'ajouter à l'objectif de la Règle spéciale le fait d'"éviter les conséquences négatives *potentielles* pour la santé". Toutefois, ils ne présentent aucun élément de preuve, scientifique ou autre, concernant ces effets négatifs supposés sur la santé que la Règle spéciale est censée éviter, parce que, comme les États-Unis le reconnaissent, ces conséquences sont "inconnues, mais éventuellement négatives". En affirmant l'existence de ces effets négatifs, les États-Unis supposent, sans le démontrer, que si les cigarettes mentholées étaient interdites, tous ceux qui les fument se rendraient directement soit chez le médecin, soit sur le marché noir. Les deux parties ont indiqué plusieurs autres options pour les fumeurs de cigarettes mentholées si celles-ci avaient été incluses dans l'interdiction, telles que l'adoption des cigarettes ordinaires ou la

consommation d'autres produits aromatisés au menthol, par exemple les cigares mentholés à bout filtre.

21. L'Indonésie n'affirme pas que la Règle spéciale doit éliminer le tabagisme chez les jeunes; cette règle doit en fait contribuer de manière importante à la réalisation de l'objectif de la mesure. Dans la présente affaire, la Règle spéciale ne peut pas apporter de contribution importante uniquement en interdisant une cigarette que la plupart des jeunes ne fument pas. Plusieurs tierces parties ont formulé la même observation.

22. Les États-Unis insistent sur la nécessité de la Règle spéciale pour empêcher les fabricants de cigarettes de lancer de nouvelles cigarettes aromatisées sur le marché. Toutefois, en vertu de l'article 910 c) de la FSPTCA, le HHS doit approuver l'introduction de tout nouveau produit du tabac sur le marché des États-Unis. Cette disposition suffit à elle seule pour empêcher l'entrée de nouvelles cigarettes aromatisées sur le marché si le HHS juge que ces cigarettes seraient attrayantes pour les jeunes.

23. Les arguments avancés par les États-Unis pour réfuter l'allégation *prima facie* de l'Indonésie au titre de l'article 2.2 de l'Accord OTC doivent être rejetés parce que le point essentiel de leur moyen de défense – à savoir que la Règle spéciale interdit uniquement les cigarettes "pour débutant" qui sont majoritairement consommées par les jeunes et non par les adultes – n'est pas étayé par des éléments de preuve. En conséquence, la Règle spéciale ne contribue pas de manière importante à la réalisation de l'objectif de réduction du tabagisme chez les jeunes et la non-interdiction des cigarettes aux clous de girofle ne présenterait donc aucun risque notable pour la réalisation de l'objectif de la mesure, à savoir réduire le tabagisme chez les jeunes. Comme l'Indonésie a démontré que la Règle spéciale n'était pas nécessaire, il n'y a pas lieu d'examiner s'il existe des mesures moins restrictives pour le commerce.

24. Toutefois, au cas où le Groupe spécial ne serait pas de cet avis, l'Indonésie a présenté plusieurs mesures moins restrictives pour le commerce auxquelles les États-Unis pourraient recourir pour limiter les possibilités des jeunes de se procurer des cigarettes aux clous de girofle. Les États-Unis soutiennent que "toute mesure qui n'élimine pas du marché les cigarettes ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de liqueur, etc., que des dizaines de millions d'adultes ne fument pas ne réalise pas l'objectif légitime au niveau que les États-Unis considèrent approprié". Ils confondent l'objectif de la mesure avec le moyen choisi pour réaliser l'objectif (c'est-à-dire, la mesure elle-même). Le Groupe spécial devrait rejeter cette déclaration intéressée et examiner attentivement les mesures de rechange proposées par l'Indonésie.

25. Chacune des mesures de rechange proposées par l'Indonésie aurait été "moins restrictive pour le commerce" que l'interdiction complète d'importer des cigarettes aux clous de girofle. Toutes les mesures de rechange proposées étaient raisonnablement disponibles pour les États-Unis et pourraient permettre de réduire le tabagisme chez les jeunes, car elles soit 1) figuraient déjà dans la FSPTCA et étaient considérées efficaces par les États-Unis pour empêcher les jeunes de fumer des cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac; soit 2) avaient été adoptées par les États-Unis dans d'autres contextes pour retirer des cigarettes aromatisées du marché et auraient pu être incorporées dans la FSPTCA; soit encore 3) étaient employées par d'autres pays dans le même but de réduire le tabagisme chez les jeunes.

III. AUTRES ALLÉGATIONS AU TITRE DE L'ACCORD OTC

26. L'Indonésie a établi des éléments *prima facie* en ce qui concerne ses allégations au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC. Les États-Unis ne se sont pas acquittés de la charge qui leur incombe de réfuter les allégations de l'Indonésie au titre de ces articles de l'Accord OTC.

IV. MOYEN DE DÉFENSE DES ÉTATS-UNIS AU TITRE DE L'ARTICLE XX

27. Dans leur première communication écrite, les États-Unis affirment que s'il est constaté que la Règle spéciale est incompatible avec l'article III:4 du GATT, celle-ci est néanmoins justifiée au regard de l'article XX du GATT. L'Indonésie a démontré que l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale n'était pas nécessaire pour réduire le tabagisme chez les jeunes et qu'elle était une restriction déguisée au commerce international. À ce titre, l'article XX du GATT ne peut pas être utilisé pour justifier la Règle spéciale s'il est constaté qu'elle est incompatible avec l'article III:4 du GATT.

ANNEXE D-6

RÉSUMÉ ANALYTIQUE DE LA DÉCLARATION ORALE LIMINAIRE DES ÉTATS-UNIS À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

1. Étant donné la menace que constitue le tabagisme et le fait que les cigarettes sont aussi dépendogènes que l'héroïne ou la cocaïne, il *va de soi* que le fait de concevoir le produit de façon à le rendre plus attrayant, en y ajoutant par exemple des arômes forts et sucrés de bonbon, de fruit ou de clou de girofle, *en accroît la nocivité*. Il n'est donc pas surprenant que les recherches sur la santé publique, les travaux de l'Organisation mondiale de la santé et les données des études des États-Unis étayaient tous la conclusion selon laquelle ces arômes présentent un risque particulièrement grave pour la santé publique. Bien entendu, toutes les cigarettes présentent un risque pour la santé. Mais du fait que les cigarettes sont aussi dépendogènes et consommées en aussi grande quantité, il est extrêmement difficile et compliqué de les interdire complètement. Il est tout simplement irresponsable de soutenir, comme le fait l'Indonésie, que l'élimination d'un produit aussi dépendogène et consommé en aussi grande quantité que les cigarettes n'est pas susceptible d'avoir des conséquences négatives pour les fumeurs, le système de soins de santé des États-Unis et la société dans son ensemble. La Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial (la "Loi sur le contrôle du tabac") est la dernière salve dans la lutte permanente contre le problème du tabagisme, et l'article 907 a) 1) A) représente un élément raisonnable et pragmatique de la stratégie globale des États-Unis.

2. Dans sa dernière communication, l'Indonésie critique à nouveau la description que font les États-Unis des données des études. Toutes les critiques formulées par l'Indonésie sont dénuées de fondement. Les techniques d'analyse des données utilisées par l'Indonésie abaissent artificiellement les taux de prévalence et minimisent le rôle des cigarettes aux clous de girofle dans l'initiation au tabagisme. Le fait incontournable est que l'interdiction, en vertu de l'article 907 a) 1) A), des cigarettes ayant des arômes caractérisants, y compris les arômes de bonbon, de fruit et de clou de girofle, est parfaitement conforme aux données scientifiques disponibles concernant la santé publique en relation avec le tabagisme, et les critiques de l'Indonésie visant les données des études ne peuvent pas changer cette réalité.

I. ARTICLE III.4 DU GATT DE 1994 ET ARTICLE 2.1 DE L'ACCORD OTC

3. L'Indonésie n'a pas établi que les cigarettes aux clous de girofle sont "similaires" aux cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac. Elle n'a jamais étayé son allégation selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle étaient en concurrence avec les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac pour "l'accès aux circuits de distribution, le linéaire et la part de marché". Du point de vue des producteurs de clous de girofle indonésiens, les cigarettes aux clous de girofle aux États-Unis constituent pour eux un marché des "kreteks".

4. De même, l'Indonésie n'a pas prouvé que les consommateurs des États-Unis considéraient que les cigarettes aux clous de girofle étaient interchangeables avec les cigarettes au tabac ou mentholées. Sa seule allégation à cet effet est qu'un certain nombre de personnes ayant déclaré fumer des cigarettes aux clous de girofle ont aussi indiqué qu'elles fumaient des cigarettes mentholées ou au tabac. En fait, les statistiques concernant la consommation parallèle de cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes sont compatibles avec ce que révèlent les éléments de preuve provenant des études: les jeunes consommateurs ont tendance à fumer les cigarettes aux clous de girofle à titre expérimental, et non en tant que substitut pour d'autres marques. Une cigarette "d'apprentissage" n'est pas nécessairement la première ou la seule cigarette qu'essaie un jeune; c'est une cigarette, par exemple aux clous de girofle, qui attire davantage les fumeurs inexpérimentés et encourage donc la consommation ultérieure de tous les produits du tabac. Contrairement à ce qu'en dit l'Indonésie en

l'espèce, les fabricants de cigarettes aux clous de girofle les commercialisent en faisant valoir une expérience unique associant les clous de girofle et le tabac.

5. Sur le plan de la concurrence et des perceptions des consommateurs, les différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes mentholées et les cigarettes au tabac, en l'espèce, se distinguent clairement du rapport de concurrence et des perceptions des consommateurs parmi les produits en cause dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*. Dans ce différend, le Groupe spécial a jugé important le fait que les producteurs et les consommateurs choisissaient un édulcorant ou l'autre de manière interchangeable, indépendamment des différences physiques. Dans la présente affaire, les consommateurs perçoivent clairement une différence de goût entre les cigarettes aux clous de girofle, et les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées.

6. L'Indonésie n'a pas non plus démontré que les cigarettes aux clous de girofle étaient "similaires" aux cigarettes au tabac et aux cigarettes mentholées du point de vue de la santé publique, selon lequel les modes de consommation sont un facteur de "similarité" pertinent. Les États-Unis ont démontré que, chez eux, les modes de consommation des cigarettes aux clous de girofle et d'autres cigarettes aromatisées étaient différents de ceux des cigarettes mentholées et des cigarettes aromatisées au tabac. L'allégation de l'Indonésie selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle présentent les "mêmes risques pour la santé que d'autres cigarettes" est incompatible avec l'attrait disproportionné de ces cigarettes pour les jeunes fumeurs. L'Indonésie elle-même reconnaît que les cigarettes qui "encouragent les nouveaux et jeunes fumeurs" peuvent présenter un "risque spécifique pour la santé" et qu'il ne faut donc pas les considérer comme "similaires" à d'autres cigarettes.

7. Les États-Unis avaient de bonnes raisons de conclure que les cigarettes aux clous de girofle étaient consommées par les jeunes d'une façon disproportionnée et qu'elles présentaient donc un risque particulier pour la santé. Cette conclusion est amplement étayée par des travaux de recherche soumis à un examen par les pairs. Devant ces constatations solides et fondées sur la recherche, l'Indonésie fait valoir qu'il ne s'agit que d'un "mythe". Son affirmation repose sur une interprétation erronée des études et sur les vues non étayées d'une poignée de commentateurs choisis.

8. Les critiques de l'Indonésie n'affaiblissent ni ne contredisent la conclusion raisonnable selon laquelle les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque particulier pour les jeunes et la santé publique. Dans l'affaire *CE – Amiante*, le Groupe spécial a reconnu qu'il n'était pas "censé trancher un débat scientifique", mais évaluer objectivement, en se fondant sur les éléments de preuve présentés, la question de savoir si "un décideur chargé de prendre des mesures en matière de santé publique conclurait raisonnablement" à l'existence d'un risque.

9. Comme il a été démontré dans les affaires *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool* et *CE – Amiante*, il ne s'agit pas pour le Groupe spécial de savoir si les produits sont identiques dans l'abstrait, mais si les produits sont "similaires" dans les circonstances et le contexte pertinents. Dans l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, des édulcorants provenant de plantes différentes ont été réputés être des "produits similaires" malgré cette différence physique parce que celle-ci passait inaperçue aux yeux des producteurs et des consommateurs. En l'espèce, comme dans l'affaire *CE – Amiante*, les différences entre les cigarettes aux clous de girofle et les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées sont liées directement à des perceptions différentes des produits par les consommateurs et au risque en cause pour la santé publique.

10. Outre le fait que les cigarettes ne sont pas toutes des produits "similaires", l'Indonésie n'a pas non plus démontré l'existence d'un traitement moins favorable. Elle prétend avoir établi *prima facie* l'existence d'un "traitement moins favorable" en affirmant que "dans la pratique, la quasi-totalité des cigarettes de fabrication nationale n'a pas été affectée par les restrictions imposées par la Règle spéciale, de sorte que celle-ci aboutit à une discrimination *de facto* à l'encontre des cigarettes aux

clous de girofle importées". Cette conclusion est fondée sur une analyse juridique et factuelle erronée et incomplète.

11. Dans des différends antérieurs dans le cadre du GATT de 1994, où les mesures en cause étaient des taxes appliquées à des produits dont il avait été déterminé qu'ils étaient "similaires", les analyses ont souvent accordé un poids important à la proportion des produits importés par rapport aux produits nationaux qui étaient taxés au taux plus élevé. Toutefois, cette proportion n'est ni déterminante en soi de l'existence d'un "traitement moins favorable" ni un élément de preuve nécessairement solide indiquant qu'il y a un traitement moins favorable dans tous les cas.

12. À titre d'exemple, dans les affaires concernant des normes de produits, pour répondre à la question de savoir s'il y a un traitement moins favorable *de facto*, il faut déterminer si la norme de produit est légitime ou elle est un moyen de traiter des produits importés moins favorablement que des produits nationaux. Dans ce contexte, la proportion des produits importés qui ne répondent pas à la norme de produit par rapport à celle des produits nationaux non conformes est pertinente, mais elle n'est pas nécessairement un indicateur de traitement moins favorable aussi solide que dans le contexte décrit ci-dessus.

13. L'analyse du "traitement moins favorable" exige un examen de tous les éléments de preuve pertinents, y compris le but objectif de la mesure et la question de savoir si les effets défavorables allégués sur les produits importés dépendent de l'origine nationale de ces produits. Dans l'affaire *CE – Amiante*, l'Organe d'appel a indiqué que les Membres pouvaient établir des distinctions entre des produits dont il avait été déterminé qu'ils étaient "similaires" sans nécessairement accorder un traitement moins favorable aux produits importés. De même les Groupes spéciaux *République dominicaine – Importation et vente de cigarettes* et *CE – Approbation et commercialisation des produits biotechnologiques* ont constaté que lorsqu'un effet défavorable allégué sur un produit importé n'était pas imputable à l'origine étrangère du produit, cet effet n'était pas un élément de preuve indiquant l'existence d'un traitement moins favorable. Dans le présent différend, le seul élément de preuve concernant un "traitement moins favorable" que l'Indonésie a présenté est le fait que l'article 907 a) 1) A) interdit certaines cigarettes moins consommées, aussi bien étrangères que nationales, et n'interdit pas d'autres cigarettes consommées en plus grande quantité, aussi bien étrangères que nationales. L'Indonésie n'a pas démontré que la mesure a pour objectif de cibler les importations et de protéger la production nationale. Dans l'affaire *Mexique – Boissons sans alcool*, il n'a pas été contesté que les mesures du Mexique avaient été conçues pour pénaliser les produits des États-Unis par rapport aux produits mexicains. Dans le présent différend, la mesure en cause, l'article 907 a) 1) A), n'est pas une mesure fiscale visant à pénaliser des produits importés. C'est une mesure de santé publique, fondée sur les modes de consommation de différents types de cigarettes par les consommateurs des États-Unis et des considérations connexes relatives à la santé publique.

14. S'agissant des faits, l'Indonésie présente uniquement une description partielle et trompeuse de la manière dont l'interdiction s'applique aux cigarettes importées par rapport aux cigarettes nationales. L'interdiction s'applique à une petite catégorie de cigarettes en général, qui comprend aussi bien des cigarettes importées que des cigarettes nationales. Les cigarettes aux clous de girofle représentaient environ 0,1 pour cent du marché des cigarettes des États-Unis. L'article 907 a) 1) A) interdit également d'autres cigarettes aromatisées fabriquées aux États-Unis, qui, comme les cigarettes aux clous de girofle, représentaient une petite partie du marché des États-Unis. En d'autres termes, une catégorie relativement modeste de produits tant nationaux qu'importés est interdite par l'article 907 a) 1) A). Par contre, l'article 907 a) 1) A) autorise les cigarettes au tabac et les cigarettes mentholées fabriquées aussi bien par des producteurs des États-Unis que par des producteurs étrangers. Au moins 95 pour cent des cigarettes importées sont toujours autorisées en vertu de l'article 907 a) 1) A). L'Indonésie a également exporté vers les États-Unis des cigarettes au tabac qui ne contiennent pas de clous de girofle.

15. Les circonstances du présent différend ne sont pas, comme l'Indonésie le laisse entendre, directement analogues à celles de l'affaire *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool*, dans laquelle presque 100 pour cent des édulcorants importés étaient imposés à un taux plus élevé que presque 100 pour cent des édulcorants nationaux. Le Groupe spécial *Mexique – Taxes sur les boissons sans alcool* a estimé que le fait que les produits importés pris dans leur ensemble étaient imposés à un taux plus élevé que les produits nationaux pris dans leur ensemble était un élément de preuve solide indiquant l'existence d'un traitement moins favorable *de facto*. Cette approche est compatible avec l'analyse de l'Organe d'appel dans l'affaire *CE – Amiante*. Dans la présente affaire, la différenciation établie par l'article 907 a) 1) A) entre les cigarettes qui sont interdites et celles qui ne le sont pas ne coïncide pas avec l'ensemble des cigarettes importées par opposition à l'ensemble des cigarettes nationales.

II. L'INDONÉSIE N'A PAS ÉTABLI QUE L'ARTICLE 907 A) 1) A) ÉTAIT INCOMPATIBLE AVEC L'ARTICLE 2.2 DE L'ACCORD OTC

16. L'Indonésie continue de soutenir que pour interpréter le texte de l'article 2.2 de l'Accord OTC, le Groupe spécial doit examiner d'abord et surtout l'interprétation de l'article XX b) du GATT par les groupes spéciaux et l'Organe d'appel. L'approche de l'Indonésie pose plusieurs problèmes. Le plus évident est qu'elle oblige l'Indonésie à inclure le terme "nécessaire" deux fois, alors qu'il n'est employé qu'une fois à l'article 2.2. Ensuite, le deuxième élément, suivant l'Indonésie, importe dans l'analyse de l'article 2.2 de nombreux critères qui ne figurent pas dans le texte de cet article, y compris la question de savoir si la mesure contribue de manière importante à la réalisation de son objectif et si elle établit une discrimination arbitraire ou injustifiable entre pays où les mêmes conditions existent. Entre autres choses, l'Indonésie n'explique pas en quoi l'article 2.2 inclurait cet élément concernant la discrimination à la lumière de l'article 2.1. Ce qu'un Membre doit faire pour agir conformément à l'article 2.2, comme il ressort du libellé, c'est de faire en sorte que son règlement technique ne soit pas plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime. Conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, une mesure ne satisfait pas à ce critère si: 1) il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable; 2) qui réalise l'objectif de la mesure au niveau que le Membre imposant la mesure considère approprié; et 3) qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce.

17. L'Indonésie formule trois nouvelles critiques concernant la description que font les États-Unis de l'objectif de l'article 907 a) 1) A). Premièrement, l'Indonésie a tort d'alléguer que l'objectif de la mesure n'est pas de protéger tous ceux qui risquent de devenir des fumeurs dépendants, mais seulement ceux qui sont âgés de 17 ans et moins. Pour l'analyse de l'objectif choisi par le Membre importateur, l'Organe d'appel a dit qu'il fallait mettre l'accent sur le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure. L'article 907 a) 1) A) élimine du marché des États-Unis les cigarettes ayant des arômes caractérisants de bonbon, de fruit, de clou de girofle, etc. La mesure contribue donc à protéger tous les fumeurs potentiels et débutants qui seraient attirés par ces cigarettes aromatisées, qui comprennent non seulement les enfants et les adolescents, mais aussi les jeunes adultes. Les enfants et les adolescents occupent une place importante dans la Loi sur le contrôle du tabac et l'historique de son élaboration parce que ces groupes d'âges jouent un rôle central dans la réduction des taux de tabagisme. Mais ce ne sont pas les seules personnes qui risquent de devenir des fumeurs dépendants. Deuxièmement, l'Indonésie a tort d'alléguer que le souci d'éviter des conséquences négatives ne fait pas partie de l'objectif de l'article 907 a) 1) A). Le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de l'article 907 a) 1) A) montrent clairement que la mesure établit des distinctions entre les produits en interdisant certains et en permettant que d'autres continuent d'être vendus aux États-Unis. Troisièmement, l'Indonésie a tort d'alléguer que l'article 907 a) 1) A) n'a pas interdit les cigarettes mentholées simplement parce qu'une certaine société des États-Unis s'y est opposée. Rien dans le texte, la conception, les principes de base et la structure révélatrice de la mesure n'indiquerait que tel est le cas.

18. L'Indonésie continue de faire valoir que l'article 907 a) 1) A) est incompatible avec l'article 2.2 parce qu'il ne réalise pas *suffisamment* son objectif. Si cet argument était admis, l'article 2.2 interdirait aux Membres d'adopter une réglementation progressive lorsque ces mesures ont un effet sur le commerce. Rien dans l'Accord OTC n'exige que les Membres poursuivent des objectifs dans toute la mesure du possible. Au contraire, comme le préambule de l'Accord OTC le confirme, les Membres peuvent réaliser leurs objectifs au niveau qu'ils considèrent approprié.

19. L'Indonésie allègue que comme l'article 907 a) 1) A) "ne contribue pas de manière importante" à la réalisation de son objectif, la question de savoir s'il existe une mesure de rechange suffisante est "sans intérêt". Elle n'établit pas que l'article 907 a) 1) A) est plus restrictif pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser son objectif en faisant valoir que cet article devrait réaliser son objectif d'une manière plus complète qu'il ne le fait. En réalité, elle doit démontrer que, quel que soit le niveau considéré approprié par les États-Unis pour les objectifs réalisés par l'article 907 a) 1) A), la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire parce qu'il existe une mesure de rechange raisonnablement applicable qui est sensiblement moins restrictive pour le commerce et qui réalise les objectifs de l'article 907 a) 1) A) au moins au même degré. L'Indonésie n'a de nouveau pas fourni d'élément de preuve qui indique qu'une telle mesure de rechange existe.

20. Eu égard à la mention de la non-réalisation dans la deuxième phrase, les Membres sont tenus de prendre en compte ces risques. En outre, l'Indonésie a tort de dire que l'article 2.2 fait obligation au Membre importateur d'évaluer le risque du produit importé. Il n'est pas nécessaire que les Membres fondent leurs règlements techniques sur des évaluations de risques. Le libellé fait référence aux risques que la non-réalisation de l'*objectif* entraîne, et non aux risques présentés par un *produit* particulier.

III. L'INDONÉSIE N'A PAS MONTRÉ QUE LES ÉTATS-UNIS AVAIENT AGI D'UNE MANIÈRE INCOMPATIBLE AVEC LES ARTICLES 2.5, 2.8, 2.12 OU 12.3 DE L'ACCORD OTC

21. L'Indonésie fait valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.5. Premièrement, elle fait abstraction du fait que l'article 2.5 dispose que "si la demande en est faite", un Membre justifiera le règlement technique au regard des dispositions de l'article 2.2 à 2.4. L'Indonésie n'a jamais fait une telle demande. Elle a également tort de penser que l'article 2.5 prescrit que les Membres importateurs fournissent, pour l'essentiel, une analyse juridique complète de chaque élément et qu'ils fournissent au Membre exportateur toutes les données scientifiques qui l'accompagnent. Deuxièmement, l'Indonésie a tort d'alléguer qu'elle a subi un quelconque préjudice. Elle a eu amplement la possibilité d'exprimer ses vues aux responsables gouvernementaux des États-Unis et, pour autant que nous sachions, en a pleinement tiré parti.

22. L'allégation de l'Indonésie au titre de l'article 2.8 est dénuée de fondement. Premièrement, il est entièrement fallacieux de la part de l'Indonésie de laisser entendre que ses producteurs ne savent pas si la mesure interdit leur produit. Il ne fait aucun doute que le clou de girofle est l'arôme caractérisant des cigarettes aux clous de girofle. Deuxièmement, l'Indonésie n'a toujours pas donné un seul exemple de la manière dont la mesure pourrait être rédigée en termes de propriétés d'emploi, ni une seule raison pour laquelle il serait "approprié" de le faire. La pièce IND-70 de l'Indonésie ne constitue certainement pas une réponse à cette question. Les États-Unis ne voient pas comment une mesure incorporant cette règle, qui vise uniquement à prévoir un moyen d'effectuer des essais, établit que la mesure contestée pourrait être rédigée en termes fondamentalement différents, ni quels seraient ces termes.

23. L'Indonésie fait valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 2.12. Or elle n'a pas fourni une seule raison expliquant pourquoi le délai aurait dû être doublé à six mois, et en quoi la prolongation du délai serait compatible avec l'objectif de la mesure contestée.

La Décision ministérielle de Doha, qui constitue, tout au plus, un moyen complémentaire d'interprétation au titre de l'article 32 de la Convention de Vienne, ne prescrit pas un résultat différent.

24. L'Indonésie continue de faire valoir que les États-Unis ont agi d'une manière incompatible avec l'article 12.3. Un risque de chômage ne peut tout simplement pas constituer un "besoin spécial" car *tous* les pouvoirs publics sont préoccupés par le taux de chômage de leurs citoyens. Mais, même à supposer, qu'il y ait en l'espèce un aspect quelconque relatif à l'emploi qui soit un besoin propre aux pays en développement, l'Indonésie n'a fourni *aucun* élément de preuve indiquant que l'article 907 a) 1) A) avait eu une *quelconque* incidence sur l'emploi en Indonésie, et encore moins l'"incidence défavorable grave" qu'elle mentionne à plusieurs reprises. Les États-Unis ont agi d'une manière compatible avec l'article 12.3 en ménageant à l'Indonésie d'amples possibilités de faire connaître ses vues au gouvernement des États-Unis. Rien dans l'article 12.3 ne prescrit ce "quelque chose" de plus dont l'Indonésie allègue qu'il prévoit.

IV. L'ARTICLE 907 EST JUSTIFIÉ AU REGARD DE L'ARTICLE XX DU GATT DE 1994

25. Les États-Unis ont expliqué de manière détaillée en quoi l'article 907 a) 1) A) serait justifié au regard de l'article XX b) du GATT de 1994. L'article 907 a) 1) A) a été promulgué afin de protéger la santé et la vie des personnes contre le risque présenté par le tabagisme. Et la mesure est nécessaire pour faire en sorte que des produits qui sont principalement consommés comme produits d'apprentissage par les jeunes et qui provoquent la dépendance sur de nombreuses années, des problèmes de santé et peut-être la mort, ne puissent absolument pas être vendus aux États-Unis. Pour les raisons exposées plus haut, l'article 907 a) 1) A) satisfait également aux prescriptions du texte introductif de l'article XX.

26. Les États-Unis ont présenté de nombreuses données scientifiques pour étayer leur décision pragmatique d'interdire les cigarettes ayant des arômes caractérisants, par exemple de bonbon, de fruit et de clou de girofle, d'une part, sans interdire, d'autre part, des produits consommés en grande quantité et dont la prohibition précipitée pourrait avoir des conséquences négatives graves. L'Indonésie demande au Groupe spécial d'adopter l'approche inverse et d'interpréter l'Accord sur l'OMC comme exigeant que les États-Unis choisissent entre deux extrêmes – interdire toutes les cigarettes ou n'en interdire aucune. L'Indonésie demande en outre de différentes manières au Groupe spécial d'ignorer dans son examen des éléments de preuve le fait que les cigarettes sont fortement dépendogènes, très dangereuses et consommées en grande quantité par des dizaines de millions de personnes. L'approche de l'Indonésie devrait être rejetée.

ANNEXE D-7

DÉCLARATION FINALE DE L'INDONÉSIE À LA DEUXIÈME RÉUNION DE FOND

1. Je vous remercie, Monsieur le Président et Messieurs les membres du Groupe spécial. Avant de céder le microphone à l'Ambassadeur Erwidodo, je voudrais me prononcer, dans le cadre de la déclaration finale de l'Indonésie, sur la déclaration finale que les États-Unis viennent de présenter.
2. À une exception près, l'Indonésie conteste fondamentalement tout ce que les États-Unis ont dit. Cette seule exception concerne l'observation formulée au sujet de la nouvelle question n° 11 du Groupe spécial. Nous convenons avec les États-Unis qu'il s'agit d'une question intéressante et nous nous félicitons que le Groupe spécial l'ait posée.
3. Nous avons répondu à cette question pendant la séance de questions et réponses qui a eu lieu dans la journée. Vous vous rappellerez peut-être que nous avons parlé de deux "échelles mobiles", l'une indiquant le caractère restrictif d'une mesure pour le commerce au regard de l'article 2.2 de l'Accord OTC et l'autre la contribution de la mesure à la réalisation de son objectif au regard de l'article 2.2.
4. Alors que nous réfléchissions plus avant sur la nouvelle question n° 11, nous avons été frappés par la possibilité qu'elle soit liée à une autre question du Groupe spécial, à savoir la portée de la mesure en cause. Je me réfère en particulier à la question n° 23 a) posée par le Groupe spécial après sa première réunion de fond avec les parties.
5. Dans cette question, le Groupe spécial a demandé s'il était correct de dire, "strictement parlant", que la mesure en question s'appliquait "à toutes les cigarettes".
6. Le Groupe spécial ne devrait pas confondre l'objectif allégué de la mesure qui lui a été présenté par les États-Unis avec la mesure elle-même. L'Indonésie tient à réaffirmer avec la plus grande fermeté que la mesure contestée – ladite "Règle spéciale" – ne s'applique pas à toutes les cigarettes. Elle s'applique uniquement à certaines cigarettes aromatisées et, dans la pratique, elle s'applique uniquement aux cigarettes aux clous de girofle en provenance d'Indonésie. À titre d'exemple, la Règle spéciale ne s'applique pas plus aux cigarettes mentholées et aux cigarettes aromatisées au tabac produites dans le pays (c'est-à-dire aux États-Unis) qu'aux bicyclettes, aux automobiles et aux réfrigérateurs. De fait, la mesure exclut spécifiquement de son champ d'application les cigarettes mentholées et les cigarettes aromatisées au tabac.
7. Il y a eu débat sur ce qu'il y avait d'autre sur le marché au moment où la Règle spéciale est entrée en vigueur. Or, lorsqu'ils ont été pressés de dire quelles autres cigarettes produites dans le pays en 2009 étaient affectées par la Règle spéciale, y compris d'autres cigarettes aromatisées, les États-Unis n'ont pas été en mesure d'en indiquer, à part une petite quantité de cigarettes produites par une société appelée "Nat Sherman" qui fabriquait une cigarette appelée "Touch of Clove".
8. Par conséquent, pour dire les choses clairement, l'interdiction de la production ou de la vente aux États-Unis de certaines cigarettes aromatisées a pénalisé presque exclusivement les cigarettes aux clous de girofle produites en Indonésie.
9. La Règle spéciale a complètement mis fin aux importations de ces produits aux États-Unis. Ce faisant, elle a traité les importations moins favorablement qu'un produit "similaire" de fabrication nationale, en violation de l'article 2.1 de l'Accord OTC et de l'article III:4 du GATT de 1994, parce qu'elle a incontestablement modifié les conditions de concurrence au détriment du produit importé.

10. L'Ambassadeur Erwidodo poursuivra maintenant la déclaration finale de l'Indonésie.

11. M. le Président, je tiens à exprimer à nouveau au Groupe spécial et aux membres du Secrétariat les remerciements sincères de l'Indonésie pour l'attention que vous avez prêtée aux préoccupations formulées par l'Indonésie pendant cette réunion et tout au long du présent différend. Les disciplines de l'OMC et la possibilité de contester des mesures au moyen du processus de règlement des différends sont essentielles pour faire en sorte que les politiques réglementaires adoptées par un Membre n'établissent pas de discrimination injuste à l'encontre des importations en provenance d'un autre Membre. Ce processus est particulièrement crucial pour un pays en développement comme l'Indonésie.

12. L'interdiction des cigarettes aux clous de girofle imposée par les États-Unis a eu une incidence notable sur une branche de production qui emploie pas moins de 6 millions de personnes en Indonésie. L'Indonésie estime que l'interdiction énoncée dans la Règle spéciale, qui frappe les cigarettes aux clous de girofle mais non les cigarettes mentholées ou aromatisées au tabac, est incompatible avec les obligations des États-Unis au titre à la fois de l'Accord OTC et du GATT de 1994. L'Indonésie a fourni des éléments de preuve et des arguments qui prouvent chacune des allégations qu'elle a présentées au présent Groupe spécial. Les États-Unis n'ont pas réfuté effectivement les allégations de l'Indonésie – dans certains cas, ils n'ont même pas tenté de le faire. En conséquence, l'Indonésie demande au Groupe spécial de constater que la Règle spéciale est incompatible avec l'article 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC et l'article III:4 du GATT. Elle demande en outre au Groupe spécial de constater que lors de l'adoption de la Règle spéciale, les États-Unis ont violé leurs engagements au titre des articles 2.5, 2.8, 2.9, 2.12 et 12.3 de l'Accord OTC.

ANNEXE E

DEMANDE D'ÉTABLISSEMENT D'UN GROUPE SPÉCIAL PRÉSENTÉE
PAR L'INDONÉSIE

**ORGANISATION MONDIALE
DU COMMERCE**

WT/DS406/2
11 juin 2010

(10-3223)

Original: anglais

**ÉTATS-UNIS – MESURES AFFECTANT LA PRODUCTION ET LA VENTE DE
CIGARETTES AUX CLOUS DE GIROFLE**

Demande d'établissement d'un groupe spécial présentée par l'Indonésie

La communication ci-après, datée du 9 juin 2010 et adressée par la délégation de l'Indonésie au Président de l'Organe de règlement des différends, est distribuée conformément à l'article 6:2 du Mémoire d'accord sur le règlement des différends.

Le 7 avril 2010, la République d'Indonésie a demandé l'ouverture de consultations avec les États-Unis conformément aux articles 1^{er} et 4 du *Mémoire d'accord sur les règles et procédures régissant le règlement des différends* (Mémoire d'accord), à l'article XXII de l'*Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1994* ("GATT de 1994"), à l'article 11 de l'*Accord sur l'application des mesures sanitaires et phytosanitaires* ("Accord SPS") et à l'article 14 de l'*Accord sur les obstacles techniques au commerce* ("Accord OTC") au sujet de la mesure adoptée par les États-Unis qui interdit les cigarettes aromatisées, y compris les cigarettes aux clous de girofle. La République d'Indonésie et les États-Unis sont convenus de tenir les consultations le 13 mai 2010. Malheureusement, ces consultations n'ont pas permis de régler le différend.

La mesure qui a fait l'objet des consultations est prévue dans l'article 907 de la *Loi sur le contrôle du tabac et la prévention du tabagisme familial*¹ ("la Loi"), qui interdisait la production ou la vente aux États-Unis de toutes les cigarettes ayant un "arôme caractérisant" autre que le menthol ou le tabac avec effet 90 jours après la signature de la Loi. L'Indonésie estime que la mesure établit une discrimination à l'encontre des cigarettes aux clous de girofle importées compte tenu du fait que les cigarettes aux clous de girofle qui étaient vendues aux États-Unis étaient importées (essentiellement d'Indonésie), alors que pratiquement toutes les cigarettes mentholées vendues aux États-Unis sont produites dans le pays (les importations sont négligeables). L'Indonésie estime aussi que la mesure crée un obstacle non nécessaire au commerce dans la mesure où les États-Unis disposent de moyens moins restrictifs pour le commerce pour réaliser les objectifs de la Loi.

¹ Loi générale n° 111-31.

Le gouvernement indonésien soutient que frapper les cigarettes aux clous de girofle d'une interdiction aux États-Unis tout en exemptant les cigarettes mentholées de l'interdiction est incompatible avec les dispositions suivantes du GATT de 1994:

- a) L'article III:4 du GATT de 1994 parce que la mesure soumet un produit importé, les cigarettes aux clous de girofle, à un traitement qui est "moins favorable" que le traitement accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées.
- b) L'article XX du GATT de 1994 parce qu'aucune donnée scientifique ou technique n'indique que les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque pour la santé plus élevé que les cigarettes mentholées et, par voie de conséquence, la mesure aboutit à une discrimination arbitraire et injustifiable, à une restriction déguisée au commerce, et est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire pour réaliser un objectif légitime, s'il y en a un.

L'Indonésie considère aussi que la mesure est incompatible avec les dispositions suivantes de l'Accord OTC:

- c) L'article 2.1 de l'Accord OTC, parce que la mesure aboutit à soumettre les cigarettes aux clous de girofle importées à un traitement "moins favorable" que celui qui est accordé à un produit national similaire, les cigarettes mentholées.
- d) L'article 2.2 de l'Accord OTC, parce qu'aucune donnée scientifique ou technique n'indique que les cigarettes aux clous de girofle présentent un risque pour la santé plus élevé que les cigarettes mentholées ou que les jeunes fument davantage de cigarettes aux clous de girofle que de cigarettes mentholées. Par conséquent, la mesure est plus restrictive pour le commerce qu'il n'est nécessaire et constitue un obstacle non nécessaire au commerce international.
- e) L'article 2.5 de l'Accord OTC, parce que les États-Unis n'ont pas répondu aux questions visant à obtenir une explication et une justification de l'interdiction, que l'Indonésie a posées pendant les discussions bilatérales du 27 août 2009 et par l'intermédiaire du Comité OTC le 20 août 2009 (G/TBT/W/323).
- f) L'article 2.8 de l'Accord OTC, parce que l'interdiction d'arômes caractérisants est fondée sur des caractéristiques descriptives.
- g) L'article 2.9 de l'Accord OTC, parce que les États-Unis n'ont pas satisfait aux prescriptions de l'article 2.9.1, 2.9.2, 2.9.3 et 2.9.4, lorsqu'ils ont adopté un règlement technique qui a un effet notable sur le commerce de l'Indonésie.
- h) L'article 2.10 de l'Accord OTC, parce que dans l'éventualité où les États-Unis pensaient qu'il était justifié de ne pas suivre les procédures prévues à l'article 2.9, ils n'ont pas fourni au Secrétariat de notification indiquant la mesure et la nature urgente du problème.
- i) L'Accord 2.12 de l'Accord OTC, parce que moins de six mois se sont écoulés entre la date d'entrée en vigueur et la promulgation de l'interdiction.
- j) L'article 12:3 de l'Accord OTC, parce que l'interdiction créait un obstacle non nécessaire aux exportations des pays en développement.

Dans le cas où les États-Unis affirmaient que l'interdiction des cigarettes aromatisées est une mesure SPS, l'Indonésie est d'avis que la mesure est incompatible avec les articles 2, 3, 5 et 7 de l'Accord SPS.

En outre, la mesure indiquée dans la présente demande a annulé ou compromis des avantages résultant pour l'Indonésie directement ou indirectement des accords cités.

En conséquence, le gouvernement indonésien a l'honneur de demander que, conformément à l'article 6 du Mémoire d'accord, l'Organe de règlement des différends établisse un groupe spécial, doté du mandat type énoncé à l'article 7:1 du Mémoire d'accord, pour examiner la question.
